

Avis de la CNCDH

Liste :

- Avis sur le projet de loi autorisant l'approbation du protocole additionnel à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc, *21 mai 2015 (pp. 1-11)* ;
- Opinion on the bill authorising the approval of the additional protocol to the Convention on Mutual Judicial Assistance in Criminal Matters between the Government of the French Republic and the Government of the Kingdom of Morocco, *21 May 2015 (pp. 12-22)*
- Avis sur le projet de loi relatif au renseignement, *16 avril 2015 (pp. 23-51)*;
- Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet, *12 février 2015 (pp. 52-82)*;
- Opinion on the fight against online hate speech, *12 February 2015 (pp. 83-113)*;
- Avis sur le respect des droits fondamentaux des populations vivant en bidonvilles : mettre fin à la violation des droits, *20 novembre 2014 (pp. 114-138)* ;
- Avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile, *20 novembre 2014 (pp. 139-179)*;
- Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *25 septembre 2014 (pp. 180-200)*;
- Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation), *26 juin 2014 (pp. 201-235)*;
- Avis sur la prévention de la récidive, *21 février 2013 (pp. 236-247)*;
- Avis sur le respect des droits des « gens du voyage » et des Roms migrants au regard des réponses récentes de la France aux instances internationales, *22 mars 2012 (pp. 248-270)*.

**Avis sur le projet de loi autorisant l'approbation du protocole additionnel
à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le
Gouvernement de la République française et le Gouvernement du
Royaume du Maroc**

Assemblée plénière du 21 mai 2015

(Adoption à l'unanimité)

1. La France et le Maroc sont liés par la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale signée le 18 avril 2008, autorisée à l'approbation par la loi n°2010-609 du 7 juin 2010 et publiée par le décret n°2011-960 du 16 août 2011, qui abrogeait, dans son domaine spécifique, les dispositions de la Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur et d'extradition du 5 octobre 1957¹. La nouvelle convention régit les différentes facettes d'une coopération judiciaire classique comme, par exemple, le contenu des demandes d'entraide, leur transmission, leur exécution, etc. L'application de cette convention, comme de toute forme de coopération judiciaire entre la France et le Maroc, a été suspendue de manière unilatérale par le Maroc en février 2014².
2. Un projet de loi autorisant l'approbation du protocole additionnel à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale dans le cadre de la procédure accélérée³. Ce protocole vise à introduire un nouvel article 23 bis à cette convention d'entraide. Une *Etude d'impact*, pour le moins sommaire, relève que le protocole « est de nature à resserrer les liens avec l'un de nos principaux partenaires » tout en précisant que cette « coopération plus durable et efficace entre la France et le Maroc » intervient « dans le respect du droit interne et des engagements internationaux des deux Parties »⁴.

¹ C. Cambon, *Rapport n°476 fait au nom de la commission des affaires étrangères (...) sur le projet de loi (...) autorisant l'approbation de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du royaume du Maroc*, Sénat 19 mai 2010.

² Cette suspension faisant suite à plusieurs incidents diplomatiques, a été présentée comme une réaction des autorités marocaines à la suite de plaintes pour crimes de torture déposées par quatre victimes, dont la justice française a été saisie en février 2014. Les plaintes visaient notamment le chef de la Direction Générale de la Sécurité du Territoire marocain, présent sur le territoire français au moment où il a été convoqué pour audition par un magistrat instructeur français.

³ Projet de loi n° 2725 autorisant l'approbation du protocole additionnel à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 avril 2015.

⁴ *Etude d'impact*, p. 1.

3. La CNCDH ne peut d'emblée que réitérer sa ferme opposition à la mise en œuvre de la procédure accélérée dans des matières sensibles pour les droits et libertés⁵. La réforme constitutionnelle de 2008 a certes entraîné une diminution du temps parlementaire consacré à l'examen des projets de loi ce qui, en pratique, conduit le Gouvernement à mettre en œuvre plus fréquemment la procédure accélérée. Celle-ci ne permet cependant pas un fonctionnement normal du Parlement, dès lors qu'elle restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit, par ricochet, à la qualité de la loi. Ce souci de cohérence, d'intelligibilité de la loi et de sécurité juridique vaut tout particulièrement pour la conduite des relations internationales. Comme l'a souligné la CNCDH dans son avis du 19 mars 2015 sur la conférence de haut niveau de Bruxelles, une étude d'impact approfondie sur les droits de l'homme devrait être effectuée systématiquement pour tout projet ou proposition de loi⁶. De même, la saisine de la CNCDH devrait être opérée en temps utile pour permettre un débat éclairé, malgré les contraintes de la procédure accélérée.
4. La CNCDH a décidé de s'autosaisir du projet de loi, en considérant que celui-ci ne suscite pas seulement des considérations d'ordre politique, mais qu'il met en cause des questions d'ordre juridique dont les conséquences dépassent les relations diplomatiques bilatérales entre deux pays ayant des liens de coopération étroits. Malgré son caractère voulu anodin (un article unique autorise l'approbation d'un protocole additionnel qui se borne lui-même à ajouter un seul article à la Convention d'entraide judiciaire de 2008), le projet de loi comporte des enjeux juridiques et judiciaires d'importance, au regard notamment des règles relatives à la compétence répressive internationale des lois et juridictions françaises.
5. A cet égard, la CNCDH tient particulièrement à rappeler ses études et ses avis en matière de justice pénale internationale, spécialement son avis du 23 octobre 2012 sur le bilan de la Cour pénale internationale, qui précisent ses positions de principe et recommandations en matière de compétence universelle⁷. Elle déplore que les réponses gouvernementales à ses préoccupations et recommandations restent loin des attentes formulées au sujet de la transposition en droit français du Statut de Rome⁸. La CNCDH rappelle également les préconisations convergentes sur le sujet des organes de supervision des traités relatifs aux droits de l'homme, comme le Comité contre la torture en 2010⁹ et le Comité des disparitions forcées en 2013¹⁰.
6. En outre et surtout, si la CNCDH reconnaît bien volontiers que la coopération franco-marocaine revêt une importance particulière, notamment dans la lutte contre le terrorisme, elle rappelle que cette entente ne saurait s'établir aux dépens du respect des droits et libertés constitutionnels et d'autres engagements internationaux pris par la

⁵ Dans ce sens CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, en ligne sur : www.cncdh.fr, §§ 3-9.

⁶ CNCDH 19 mars 2015, *Avis sur la Conférence de Bruxelles relative à la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, JORF n° 0073 du 27 mars 2015, texte n° 78, § 19.

⁷ CNCDH 23 octobre 2012, *Avis sur la Cour pénale internationale*, en ligne sur : www.cncdh.fr, § 10.

⁸ La CNCDH s'étonne de la soumission au Parlement du protocole additionnel en procédure accélérée et sans aucune justification, alors qu'elle a réclamé, à diverses reprises et sans succès, l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale de la modification de la loi du 9 août 2010 *portant adaptation du statut de Rome en droit interne*.

⁹ CAT/C/FRA/CO/4-6.

¹⁰ CED/C/FRA/CO/1 et Add.1. Voir aussi CED/C/7/2.

France, que ceux-ci poursuivent un objet proprement répressif ou bien de protection des droits de l'homme. De plus, le protocole additionnel ayant été signé, le 6 février 2015, par la France et le Maroc, il est à craindre que sa ratification par le Parlement n'apparaisse comme une simple formalité, et ce d'autant plus que le débat porte sur une question juridique extrêmement technique.

7. Le projet de loi introduit dans la Convention d'entraide de 2008, à la suite d'un article 23 intitulé « *Dénonciation aux fins de poursuites* » et avant un article 24 intitulé « *Echange spontané d'informations* », un nouvel article 23 bis intitulé « *Application des conventions internationales* » et composé de quatre paragraphes. Sa rédaction imprécise et peu claire montre qu'il s'agit en réalité d'un protocole *sui generis*, dont la mise en œuvre conduira à contourner les règles traditionnelles de compétence pénale découlant tant du droit interne que du droit international¹¹. Il apparaît à la CNCDH que par le biais d'un amendement à un traité bilatéral, les deux Etats entendent fixer un régime *sui generis* d'entraide judiciaire, visant ainsi à réviser indirectement des obligations juridiques établies par des conventions multilatérales. Sans évoquer *in abstracto* la question technique de la hiérarchie des engagements internationaux, il faut rappeler que, comme l'a énoncé la Cour internationale de justice dans son avis du 28 mai 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* : « *on peut considérer comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement conclu sur ses clauses et qu'en conséquence il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la Convention* »¹².
8. Pour l'examen du protocole, la CNCDH formulera un certain nombre d'observations en suivant l'ordre des nouvelles stipulations et en se plaçant du seul point de vue des obligations de la France.

I. LE TITRE DE L'ARTICLE 23 BIS

9. D'emblée, la CNCDH ne manquera pas de relever le caractère inhabituel au sein d'accords bilatéraux ou multilatéraux d'entraide judiciaire de l'intitulé : « *Application des conventions internationales* ». De plus, le protocole ne précise pas quelles sont ces conventions internationales : des conventions dont l'objet est spécifiquement répressif, qu'il s'agisse d'incriminer un comportement ou de coopérer au plan judiciaire, des conventions dont l'objet est général, des conventions de protection des droits de l'homme ? Et encore des conventions multilatérales, bilatérales ? *Etc...* L'*Etude d'impact* fait référence « *à la bonne mise en œuvre des conventions* » qui lient la France et le Maroc, « *telles que la convention des Nations unies contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée à New York le 10 décembre 1984 ou la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, adoptée à New York le 15 novembre 2000* »¹³. Pour la CNCDH, cette liste indicative ne clarifie pas le

¹¹ Pour davantage de détails sur ces questions, voir A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., PUF 2005 ; D. Rebut, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., Dalloz 2014.

¹² CIJ 28 mai 1951, *Rec.*1951, p. 21. Cité par Alain Pellet dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, in : A. Pellet et A. Miron, *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz 2015.

¹³ *Etude d'impact*, p. 2.

champ d'application du protocole. Elle comporte par ailleurs de graves lacunes comme la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées à laquelle la France et le Maroc sont parties, ou les nombreuses conventions internationales relatives à l'incrimination du terrorisme. Il conviendrait aussi de s'interroger sur la mise en œuvre des conventions qui ne lient qu'un seul des deux partenaires, à commencer par les obligations que fait peser sur la France le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

10. Au regard de ce qui précède, l'imprécision de l'intitulé de l'article 23 bis, comme le flou de son champ d'application et l'indétermination de sa portée, est, pour la CNCDH, contraire en soi aux exigences de qualité de la loi, *a fortiori* en matière répressive, et plus largement de légalité et de sécurité juridique, garanties aux niveaux tant constitutionnel qu'europpéen.

II. PARAGRAPHE 1

11. Le premier paragraphe est ainsi rédigé : « *Dans le cadre de leurs engagements respectifs et afin de contribuer à la bonne mise en œuvre des conventions internationales qui les lient, les Parties s'emploient à favoriser une coopération plus efficace ainsi que tous échanges entre les autorités judiciaires aux fins de bonne conduite des procédures, notamment lorsque les faits dénoncés ont été commis sur le territoire de l'autre Partie* ». Ces nouvelles stipulations imposent certes aux Etats parties une obligation générale d'échange d'informations, mais sans en fixer les modalités techniques, à savoir la voie diplomatique ou une voie simplifiée¹⁴. En outre, la référence aux « *faits dénoncés* » semble évoquer à première vue une « *dénonciation aux fins de poursuite* » au sens technique de l'article 23¹⁵, alors même que :

- le paragraphe 2 prévoit une obligation d'information renforcée (voir *infra*) ;
- le paragraphe 3, en visant le « *renvoi* » de la procédure, peut être interprété comme organisant un véritable dessaisissement du juge français (voir *infra*)¹⁶ et non une « *dénonciation aux fins de poursuite* », ainsi que le laisse entendre l'*Etude d'impact*¹⁷.

Néanmoins, en réalité, l'expression « *faits dénoncés* » désigne sans aucun doute tous les faits pénalement sanctionnés « *portés à la connaissance* » des autorités françaises par une victime.

Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut que regretter ce manque de précision ainsi que de clarté, qui nuit à la qualité du texte.

¹⁴ D. Rebut, *Audition du 6 mai 2015*.

¹⁵ A ce propos, il doit être rappelé que, juridiquement, la dénonciation est l'acte par lequel un Etat demande à un autre Etat de poursuivre des faits délictueux ou criminels.

¹⁶ Voir Cass. crim. 8 juin 2005, *Bull.* n° 174, qui précise qu'une dénonciation n'est pas un dessaisissement dans le cadre de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959.

¹⁷ *Etude d'impact*, p. 3 (note de bas de page n° 6).

III. PARAGRAPHE 2

12. Dans l'hypothèse visée par le premier paragraphe, à savoir des faits commis sur le territoire de l'un des deux Etats parties, le deuxième paragraphe prévoit que « *chaque Partie informe immédiatement l'autre Partie des procédures relatives à des faits pénalement punissables dans la commission desquels des ressortissants de cette dernière sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée* ». Ces stipulations consacrent une obligation renforcée d'information à la charge des Etats parties (et non directement des autorités judiciaires française et marocaine), tout en imposant l'immédiateté de sa délivrance¹⁸. Or, d'une part, l'obligation d'information ici visée est distincte de celle de « dénonciation » improprement visée par l'article précédent, ce qui rend difficile la compréhension conjointe de ces deux paragraphes. D'autre part, s'agirait-il d'une simple obligation d'information, comme le pense la CNCDH, elle serait critiquable. Premièrement, la CNCDH regrette le flou de la notion d'immédiateté et s'étonne que, paradoxalement, la transmission de cette information se fasse par la voie diplomatique (de Partie à Partie et non d'autorité judiciaire à autorité judiciaire) lourde et donc lente. Deuxièmement, cette obligation d'information contrevient à l'indépendance de la justice et à l'effectivité de l'enquête, en dehors de toute garantie procédurale. Un risque de manipulation des preuves préjudiciable aux mis en cause n'est d'ailleurs pas à exclure (destruction de preuves existantes, création de fausses preuves)¹⁹. Troisièmement, cette obligation d'information peut se révéler, dans des affaires sensibles, préjudiciable aux victimes ou aux témoins des faits, dès lors que des risques de pression voire d'intimidation à leur rencontre sont loin d'être inexistantes. Quatrièmement et enfin, l'immédiateté de cette information conduit inéluctablement à la suspension de la procédure française dans l'attente de la réaction des autorités marocaines²⁰.

IV. PARAGRAPHE 3

13. Ce paragraphe comprend quatre alinéas dont la CNCDH estime que certains d'entre eux poseront de graves difficultés d'interprétation aux magistrats chargés de leur application.

A. LE PREMIER ALINEA

14. Le premier alinéa²¹ vise l'hypothèse d'une procédure engagée auprès de l'autorité judiciaire française par une personne n'ayant pas la nationalité française - donc étrangère sans être nécessairement marocaine - pour des faits commis au Maroc par un Marocain.

¹⁸ D. Rebut, *Audition du 6 mai 2015*.

¹⁹ En matière d'entraide judiciaire, il y a toujours la clause de sauvegarde qu'on retrouve à l'article 3 de la Convention franco-marocaine, qui permet un refus d'entraide, « *si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays* ». Comme la France l'a rappelé devant la Cour internationale de justice, la communication immédiate de pièces confidentielles d'un dossier d'instruction ne saurait remettre en cause l'effectivité de l'enquête (voir Cour internationale de justice arrêt du 4 juin 2008, *Djibouti c. France (affaire Borrel)*, Rec., p. 174).

²⁰ Dans ce sens D. Rebut, *Audition du 6 mai 2015*.

²¹ « *S'agissant de procédures engagées auprès de l'autorité judiciaire d'une Partie par une personne qui n'en possède pas la nationalité et pour des faits commis sur le territoire de l'autre Partie par un de ses ressortissants, l'autorité judiciaire saisie recueille dès que possible auprès de l'autorité judiciaire de l'autre Partie ses observations ou informations* ».

Dans ce cas, l'autorité judiciaire française saisie recueille, « *dès que possible* », auprès de l'autorité judiciaire marocaine, « *ses observations ou informations* ».

15. D'une part, la CNCDH entend préciser que, s'agissant pour l'autorité judiciaire française d'une infraction commise à l'étranger par un étranger sur une victime étrangère, en l'absence de tout lien de rattachement avec la France, la seule compétence exercée par les juridictions et lois françaises est ici implicitement mais nécessairement la compétence universelle prévue par les articles 689-1 et suivants du code de procédure pénale sur la base de conventions répressives multilatérales ratifiées par la France. Les infractions concernées sont des crimes réputés d'une gravité extrême, par exemple les actes de torture, les crimes terroristes ou les disparitions forcées. Afin d'éviter l'impunité de leur auteur présumé dans l'Etat sur le territoire duquel ils ont été commis, certaines conventions internationales de lutte contre ces crimes stipulent que toute personne se trouvant sur le territoire d'un Etat partie à la convention et suspectée d'avoir commis un tel acte doit être interpellée par l'autorité de cet Etat, puis poursuivie et jugée selon sa loi pénale.
16. D'autre part, il résulte toujours implicitement mais inévitablement du nouveau texte, que la procédure menée en France est appelée à être paralysée dans l'attente des « *informations et observations* » de l'autorité judiciaire marocaine. La CNCDH ne peut donc, une nouvelle fois, que déplorer l'imprécision des nouvelles stipulations.

B. LE DEUXIEME ALINEA

17. Il prévoit que dans cette hypothèse (celle prévue par l'alinéa précédent), l'autorité judiciaire marocaine « *prend toutes les mesures qu'elle juge appropriées y compris le cas échéant l'ouverture d'une procédure* ». A cet égard, la CNCDH rappelle qu'une procédure est pourtant déjà initiée en France. Il aurait donc été souhaitable que les stipulations prévoient plus clairement l'articulation des deux procédures (la française et la marocaine), ainsi que la préservation des garanties procédurales des parties.

C. LE TROISIEME ALINEA

18. Le troisième alinéa, qui éclaire et complète le précédent, prévoit qu'« *Au vu des éléments ou informations reçues* », l'autorité judiciaire française saisie « *détermine les suites à donner à la procédure, prioritairement son renvoi* » à l'autorité judiciaire marocaine ou sa « *clôture* ». Si les mots ont un sens, le verbe « *déterminer* » désigne non pas le simple examen des suites à donner à la procédure, mais bien la prise d'une décision sur ces suites. Autrement dit, sauf classement sans suite par le parquet (article 40, alinéa 1^{er} du code de procédure pénale), ou refus d'informer *ab initio* par le juge d'instruction (dans les cas prévus par l'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale²²), l'autorité judiciaire

²² Article 86, alinéa 4 du CPP : « *Le procureur de la République ne peut saisir le juge d'instruction de réquisitions de non informer que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale. Le procureur de la République peut également prendre des réquisitions de non-lieu dans le cas où il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de la plainte ou en application du troisième alinéa, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis. Dans le cas où le juge d'instruction passe outre, il doit statuer par une ordonnance motivée* ».

française est priée de « renvoyer prioritairement » l'affaire à l'autorité judiciaire marocaine, et non simplement de lui dénoncer les faits aux fins de poursuite, comme le suggère *l'Etude d'impact*, au demeurant dénuée de valeur normative²³. D'ailleurs, s'il s'agissait techniquement d'une dénonciation aux fins de poursuite prévue par l'article 23, les nouvelles stipulations se réfèreraient à ce dernier texte et à sa terminologie (« dénonciation » et non pas « renvoi »).

Pour toutes ces raisons, la CNCDH s'interroge sur les modalités techniques et procédurales de ce qui s'apparente à un dessaisissement en relevant que :

- le code de procédure pénale, dans sa rédaction actuelle, ne prévoit pas d'hypothèse de renvoi en faveur d'un juge étranger²⁴ ;
- *l'Etude d'impact* précise pourtant expressément que l'adoption du protocole « n'implique aucune adaptation des dispositions législatives ou réglementaires nationales »²⁵.

Dans tous les cas de figure, la priorité du « renvoi » ou de la « clôture » semble à première lecture relever du pouvoir d'appréciation du magistrat français. Pour autant, la CNCDH pense que ce dernier s'estimera en pratique lié, dès que les conditions d'application du protocole seront remplies²⁶.

19. Par ailleurs, indépendamment de ces points techniques, la CNCDH s'interroge sur la portée au fond de ce texte, en relevant d'emblée qu'elle est considérable. En effet, la compétence universelle imposée à la France, notamment par des traités comme la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, actes dont la prohibition est impérative en droit international, devrait s'effacer devant la compétence territoriale marocaine, compétence classique, réactivée ici par un accord bilatéral, et ce alors même que la compétence universelle a été précisément voulue pour éviter l'impunité trop fréquemment assurée par l'exercice exclusif de la compétence territoriale, notamment lorsque l'auteur présumé des faits a agi au nom ou sous le couvert de l'Etat.
20. Mieux encore, il suffirait que les accords bilatéraux de ce type se multiplient de proche en proche pour vider totalement de sa substance la Convention contre la torture de 1984 et, au-delà, toutes les conventions multilatérales prévoyant la compétence universelle auxquelles la France est partie. En outre, s'y ajoute l'effet d'entraînement que produirait l'attitude française sur celle de ses partenaires. Or on voit mal comment la France pourrait refuser à d'autres partenaires le régime privilégié dont bénéficierait le Maroc. Pour la CNCDH, l'approbation du protocole additionnel franco-marocain conduirait donc inévitablement à faire obstacle à une lutte effective contre l'impunité des auteurs de ces crimes réputés les plus graves.
21. Au surplus, il convient d'envisager également la qualification spécifique du crime terroriste, qui obéit elle aussi à la compétence universelle française. Au regard du droit

²³ *Etude d'impact*, p. 3.

²⁴ *Comp.* Articles 627-4 et suivants du CPP relatifs à l'arrestation et à la remise des personnes réclamées par la Cour pénale internationale.

²⁵ *Etude d'impact*, p. 2.

²⁶ Dans ce sens D. Rebut, *Audition du 6 mai 2015*.

positif français, un ressortissant marocain auteur présumé d'un attentat terroriste au Maroc ayant causé préjudice à des victimes marocaines, s'il est interpellé en France, peut être poursuivi et jugé par une juridiction française en application des lois pénales françaises de compétence, de fond et de procédure. Dans l'hypothèse où le protocole additionnel serait approuvé, cet individu devra être prioritairement remis et jugé au Maroc. A ce propos, le Conseil national des droits de l'Homme marocain a récemment rappelé que la consécration des garanties du procès équitable, à savoir l'accès à la justice et l'indépendance de l'autorité judiciaire, constitue actuellement un défi majeur pour le Maroc²⁷. Il a également relevé la persistance de faits de torture et l'existence de traitements inhumains et dégradants, notamment à l'égard de personnes privées de liberté²⁸. A cela s'ajoute que le prononcé de la peine de mort, s'il est impossible en France reste possible au Maroc, seule l'exécution de la peine faisant l'objet d'un moratoire de fait²⁹.

22. Au total, pour la CNCDH, là où la préférence donnée à la justice marocaine peut faire craindre l'impunité de l'auteur présumé de faits de torture, partant un déni de justice pour les victimes, à l'inverse, en matière de terrorisme, l'effacement de la justice française peut faire redouter un risque de violation du droit à un procès équitable *lato sensu* de la personne poursuivie. Ce dernier constat fragilise d'ailleurs, au regard du droit européen, le « renvoi » prévu par le protocole additionnel, dès lors que la Convention européenne des droits de l'homme protège tous ceux qui se trouvent sous la juridiction de la France, y compris ceux qui sont remis par ses autorités à celles d'un Etat tiers, pour y être jugés dans des conditions susceptibles de constituer une violation d'un droit protégé par ses stipulations³⁰.

Quant à la victime de tels crimes, elle est, pour la CNCDH, assurément perdante, en droit, dès lors qu'elle se voit privée de toutes les garanties attachées à sa qualité de partie civile par le code de procédure pénale français³¹, qualité mettant un jeu un droit de caractère civil garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme³², mais aussi, de fait, dès lors qu'elle est dans l'obligation de se déplacer au Maroc pour assurer la défense effective de ses intérêts au cours de la procédure puis lors du procès.

De plus, la CNCDH s'inquiète de l'absence de tout recours offert à cette victime contre la décision de « renvoi », ce qui constitue une violation potentielle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel³³, et de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁷ Conseil national des droits de l'Homme, *Rapport présenté par Monsieur Le Président du Conseil national des droits de l'Homme devant les deux Chambres du Parlement*, lundi le 16 juin 2014, p. 23.

Rappr. C. Cambon, Rapport n°476, op. cit., p. 8 : la Commission européenne souligne que, au Maroc, des progrès doivent encore être réalisés pour aboutir à un véritable Etat de droit et à une protection des citoyens efficaces. Sont notamment dénoncés la corruption du système judiciaire et l'état des prisons marocaines.

²⁸ Conseil national des droits de l'Homme, *Rapport présenté par Monsieur Le Président du Conseil national des droits de l'Homme devant les deux Chambres du Parlement, op. cit.*, pp. 23, 29-30.

²⁹ <http://www.abolition.fr/fr/pays/maroc>.

³⁰ Cour EDH 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88.

³¹ Pour plus de détails, voir G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF 2008.

³² Voir notamment Cour EDH 21 novembre 1995, *Acquaviva c. France*, req. n° 19248/91.

³³ Voir Cons. const. 4 novembre 2010, n° 2010-614 DC.

D. LE QUATRIEME ALINEA

23. Le quatrième et dernier alinéa de ce paragraphe 3³⁴, semble traduire les craintes suscitées par l'ensemble de l'article 23 bis en instituant une soupape de sûreté à la renonciation à l'exercice, par l'autorité judiciaire française, de la compétence universelle. Il prévoit en effet que : « *En l'absence de réponse ou en cas d'inertie* » de l'autorité marocaine, l'autorité judiciaire française saisie poursuit la procédure sur le fondement de la compétence universelle posée par les conventions déjà citées. Pour la CNCDH, cette soupape risque en pratique de n'avoir aucune efficacité, dès lors qu'il est difficile d'imaginer l'absence de réponse ou l'inertie des autorités marocaines s'agissant d'une procédure initiée en France du chef de torture ou de terrorisme, vu l'extrême gravité de tels faits³⁵. Enfin, il résulte en creux de ce dernier alinéa que la conduite de la procédure en France est bien secondaire, dès lors que le « *renvoi* » ou la « *clôture* » sont prioritaires (voir *supra*).

V. PARAGRAPHE 4

24. Les stipulations du paragraphe 4 sont ainsi rédigées : « *Les dispositions du paragraphe 3 du présent article s'appliquent aux individus possédant la nationalité de l'une et l'autre Partie* ». Elles visent à étendre, hors compétence universelle, le champ d'application du paragraphe précédent (principalement le « *renvoi* » du juge français) dans des termes ambigus, deux lectures de ce texte semblant permises, ce qui nuit considérablement à son intelligibilité.

A. LA LECTURE RESTRICTIVE DU PARAGRAPHE 4

25. Selon la première, restrictive, qui est celle retenue par la CNCDH, l'expression « *individus possédant la nationalité de l'une et l'autre Partie* » faisant écho à l'expression « *procédures engagées (...) par une personne qui n'en possède pas la nationalité* » (paragraphe 3), cet « *individu* » ne peut être qu'une victime. Et s'agissant de faits commis par exemple au Maroc par un Marocain et évidemment prévus par des conventions internationales (conventions dont ignore l'objet)³⁶, le paragraphe 4 désigne nécessairement une victime franco-marocaine. Ce n'est plus alors la compétence universelle française qui se trouve écartée au profit de la compétence territoriale marocaine, mais la compétence personnelle passive attachée à la nationalité française de la victime des faits. Dépourvue d'assise conventionnelle internationale comme l'est la compétence universelle, elle est prévue par l'article 113-7 du code pénal : « *La loi pénale est applicable à tout crime ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* ». Dans ce cas, la poursuite en France est de plus conditionnée par l'article 113-8 du code pénal à une « *requête du ministère public* », elle-même « *précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants-droit ou une d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis* ».

³⁴ « *En l'absence de réponse ou en cas d'inertie de l'autre Partie, l'autorité judiciaire saisie poursuit la procédure* ».

³⁵ L'on peut regretter que le texte ne fasse aucune référence aux critères démontrant le manque de volonté ou de capacité de l'Etat (*comp.* Article 17 du Statut de Rome).

³⁶ Voir *supra* §§ 9-10.

26. Certes, comme le reconnaît la CNCDH, cette compétence applicable à tous les crimes ne relevant pas de la compétence universelle française, c'est-à-dire la majorité d'entre eux, et aux délits punis d'emprisonnement, relève non pas d'une obligation internationale, mais de la responsabilité de la France à l'égard de ses propres citoyens, que leur double nationalité ne peut priver de la protection de la justice française pour, notamment, des crimes commis à leur encontre à l'étranger. Aussi, la CNCDH estime-t-elle que la situation juridique et judiciaire de la victime franco-marocaine est moins favorable que celle de la victime de nationalité exclusivement française, pour les raisons déjà rappelées³⁷. Or, dès lors qu'un binational reste, au regard du droit français, un citoyen français comme un autre, doté des mêmes droits et soumis aux mêmes obligations³⁸, le paragraphe 4 crée une discrimination aux dépens de la partie civile binationale, potentiellement constitutive d'une violation combinée des articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, que ne manquerait pas de condamner la Cour de Strasbourg.

B. LA LECTURE EXTENSIVE DU PARAGRAPHE 4

27. Les auditions conduites à la CNCDH ont fait apparaître qu'il peut être procédé à une lecture plus large du paragraphe 4, en vertu de laquelle l'expression « *individus possédant la nationalité de l'une et l'autre Partie* » désignerait indifféremment l'auteur ou la victime des faits³⁹ pénalement sanctionnés par une convention internationale. En conséquence, ce seraient non seulement les règles relatives à la compétence personnelle passive, mais aussi celles relatives à la compétence personnelle active, qui cèderaient le pas devant la compétence territoriale marocaine (article 113-6 du code pénal⁴⁰ et, s'agissant de la fin de non-recevoir à l'action publique déjà mentionnée, article 113-8 du code pénal).

28. A ce propos, les craintes d'une rupture d'égalité entre un Français ayant commis une infraction au Maroc et un binational franco-marocain ayant commis la même infraction au Maroc sont réelles. Pour la CNCDH, la remise en cause des règles françaises de compétence répressive est en contradiction avec les énonciations de l'*Etude d'impact* qui souligne que l'adoption du protocole additionnel se fait « *dans le respect du droit interne* » français⁴¹.

³⁷ Voir *supra* § 22.

³⁸ Article 17 § 1 de la Convention européenne sur la nationalité du Conseil de l'Europe, en date du 6 novembre 1997 : « *Les ressortissants d'un Etat Partie, possédant une autre nationalité doivent avoir, sur le territoire de cet Etat Partie dans lequel ils résident, les mêmes droits et devoirs que les autres ressortissants de cet Etat Partie* ».

³⁹ Voir D. Rebut, *Audition du 6 mai 2015*.

⁴⁰ Article 113-6 du code pénal : « *La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République.*

Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.

Elle est applicable aux infractions aux dispositions du règlement (CE) n° 561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route, commises dans un autre Etat membre de l'Union européenne et constatées en France, sous réserve des dispositions de l'article 692 du code de procédure pénale ou de la justification d'une sanction administrative qui a été exécutée ou ne peut plus être mise à exécution.

Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».

⁴¹ *Etude d'impact*, p. 1.

EN CONCLUSION,

29. Pour l'ensemble des motifs examinés, la CNCDH exprime en l'état son opposition résolue à l'adoption du projet de loi autorisant l'approbation du protocole additionnel, dès lors qu'elle conduit à bouleverser nombre de règles françaises de compétence répressive internationale dans les rapports entre la France et le Maroc. La CNCDH insiste tout particulièrement sur le fait que la France est liée par la Convention des Nations unies de 1984 qui impose l'établissement d'une compétence universelle en matière de crimes de torture, afin de prévenir l'impunité de leurs auteurs. Pour la CNCDH, la France ne saurait adopter un accord bilatéral allant à l'encontre du but et de l'objet de cette convention.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS DE LA CNCDH

Recommandation n° 1 : La CNCDH recommande aux autorités françaises de ne pas remettre en cause l'ordre juridique que la diplomatie française a contribué à élaborer dans un cadre multilatéral, afin de lutter contre l'impunité et de renforcer la justice pénale internationale.

Recommandation n° 2 : La CNCDH recommande que la coopération franco-marocaine, plus nécessaire que jamais, soit fondée sur le respect de l'Etat de droit et de l'indépendance de la justice dans les deux pays, en renforçant la contribution des institutions nationales des droits de l'homme et des organes de la société civile, y compris les medias, dans une relation exemplaire.

Recommandation n° 3 : La CNCDH recommande en conséquence, qu'en l'état, le projet de loi autorisant l'approbation du protocole additionnel à la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc soit retiré ou rejeté.

Opinion on the bill authorising the approval of the additional protocol to the Convention on Mutual Judicial Assistance in Criminal Matters between the Government of the French Republic and the Government of the Kingdom of Morocco

Plenary meeting of 21 May 2015

(Unanimously adopted)

1. France and Morocco are bound by the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters signed on 18 April 2008, authorised for approval by law n°2010-609 of 7 June 2010 and published by decree n°2011-960 of 16 August 2011, which repealed, in its specific field, the provisions of the Franco-Moroccan Convention regarding mutual judicial assistance, enforcement orders and extradition of 5 October 1957⁴². The new convention regulates the various aspects of traditional judicial cooperation, such as the content of requests for mutual assistance and the execution thereof, for example. The application of this convention was unilaterally suspended by Morocco in February 2014⁴³, along with all other forms of judicial cooperation between France and Morocco.
2. A bill authorising the approval of the additional protocol to the Convention on Mutual Judicial Assistance in Criminal Matters between the Government of the French Republic and the Government of the Kingdom of Morocco has been submitted to the Bureau of the National Assembly within the framework of an accelerated procedure⁴⁴. The protocol is designed to introduce a new article 23a to the convention on mutual assistance. An impact study that was brief to say the least revealed that the protocol "is likely to strengthen ties with one of our main partners" whilst underlining the fact that "more sustainable and effective cooperation between France and Morocco" comes into play "in accordance with the domestic law and international commitments on the part of both Parties"⁴⁵.

⁴² Cambon, C., *Rapport n°476 fait au nom de la commission des affaires étrangères (...) sur le projet de loi (...) autorisant l'approbation de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du royaume du Maroc*, Senate, 19 May 2010.

⁴³ This suspension, which followed a number of diplomatic incidents, was presented as a reaction on the part of the Moroccan authorities to complaints regarding crimes of torture made by four victims, which were referred to the French justice system in February 2014. The complaints were primarily aimed at the director of the Moroccan General Directorate of Territorial Security, who was in France when he was summoned before the investigating magistrate.

⁴⁴ Bill n°2725 authorising the approval of the additional protocol to the Convention on Mutual Judicial Assistance in Criminal Matters between the Government of the French Republic and the Government of the Kingdom of Morocco, recorded at the office of the President of the National Assembly on 15 April 2015.

⁴⁵ *Etude d'impact*, p.1.

3. The CNCDH can only immediately reiterate its firm opposition to the implementation of accelerated procedures in sensitive matters relating to rights and freedoms⁴⁶. The constitutional reform of 2008 certainly resulted in a decrease in the parliamentary time devoted to examining bills, which, in practice, has resulted in the Government implementing an accelerated procedure more frequently than would otherwise be the case. This does not, however, enable Parliament to operate as normal as it considerably limits the time required to reflect upon and to develop the democratic debate and is indirectly detrimental to the quality of the law. This concern for coherence, intelligibility and legal certainty is one that is particularly valid with regards to conducting international relations. As the CNCDH underlined in its opinion of 19 March 2015 on the High Level Conference in Brussels, an in-depth impact study on human rights should be systematically performed for any government bill or parliamentary bill⁴⁷. Likewise, the matter should be referred to the CNCDH in due course in order to enable an informed debate to take place, despite the constraints associated with the accelerated procedure.
4. The CNCDH has decided to refer the matter of the bill to itself, given that the latter not only raises political issues but also challenges matters of a legal nature, the consequences of which go beyond the bilateral diplomatic relations that exist between two countries with close cooperative ties. Despite its deliberately insignificant nature (only one article authorises the approval of an additional protocol which is itself limited to a single article in the 2008 Convention on Mutual Judicial Assistance), the bill incorporates major legal and judicial issues, notably with regards to the rules relating to the international repressive jurisdiction of French laws and courts.
5. In this respect, the CNCDH is particularly keen to refer back to its studies and opinions regarding international criminal justice, and in particular its opinion of 23 October 2012 on the assessment of the International Criminal Court, which outline its positions in principle and recommendations regarding universal jurisdiction⁴⁸. It laments the fact that the government responses to its concerns and recommendations fall a long way short of the expectations expressed with regards to the transposition of the Rome Statute to French law⁴⁹. The CNCDH also reiterates the converging recommendations on the subject of bodies set up to monitor treaties relating to human rights, such as the Committee Against Torture in 2010⁵⁰ and the Committee on Enforced Disappearances in 2013⁵¹.
6. Furthermore, whilst the CNCDH willingly recognises that Franco-Moroccan cooperation is particularly important, particularly with regards to fighting terrorism, it reiterates the fact that this understanding should not be created at the expense of a respect for constitutional rights and freedoms or any other international commitments on France's part, regardless of whether these commitments pursue a strictly repressive objective or

⁴⁶ See CNCDH 15 April 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, online at: www.cncdh.fr, §§3-9.

⁴⁷ CNCDH 19 March 2015, *Avis sur la Conférence de Bruxelles relative à la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, JORF n° 0073 of 27 March 2015, text n° 78, §19.

⁴⁸ CNCDH 23 October 2012, *Avis sur la Cour pénale internationale*, online at: www.cncdh.fr, §10.

⁴⁹ The CNCDH was surprised by the submission to the Parliament of the additional protocol, by means of an accelerated procedure and without justification, despite the fact that it has requested on various occasions and without success that the modification of the law of 9 August 2010 adapting the Rome Statute to domestic law be included on the agenda of the National Assembly.

⁵⁰ CAT/C/FRA/CO/4-6.

⁵¹ CED/C/FRA/CO/1 and Add.1. See also CED/C/7/2.

are designed to protect human rights. Furthermore, since the additional protocol was signed on 6 February 2015 by France and Morocco, it might be that its ratification by the Parliament is seen as a mere formality, particularly since the debate relates to an extremely technical legal issue.

7. The bill introduces to the 2008 Convention on Mutual Assistance, between an Article 23 entitled 'Denunciation in connection with proceedings' and an Article 24 entitled 'Spontaneous exchange of information', a new Article 23a entitled 'Application of international conventions' that comprises four paragraphs. Its vague and misleading wording shows that it is in fact a *sui generis* protocol, the implementation of which will result in the conventional rules of criminal jurisdiction associated with both domestic and international law being circumvented⁵². As far as the CNCDH is concerned, it would appear that both States intend to introduce a *sui generis* mutual judicial assistance regime by means of an amendment to a bilateral treaty, with the aim of indirectly reviewing the legal obligations imposed by multilateral conventions. Without alluding *in abstracto* to the technical matter of the hierarchy of international commitments, it is important to remember that, as the International Court of Justice outlined in its opinion of 28 May 1951 on Reservations on the Convention on Genocide, "it is also a generally recognised principle that a multilateral convention is the result of an agreement freely concluded upon its clauses and that consequently none of the contracting parties is entitled to frustrate or impair, by means of unilateral decisions or particular agreements, the purpose and raison d'être of the convention"⁵³.
8. For the purposes of examining the protocol, the CNCDH will outline a number of observations in accordance with the order of the new stipulations and from the perspective of the obligations by which France is bound only.

I. THE TITLE OF ARTICLE 23A

9. The CNCDH would immediately highlight the unusual nature of the heading 'Application of international conventions' within bilateral and multilateral mutual judicial assistance agreements. Furthermore, the protocol does not specify which international conventions it is referring to - conventions with a specifically repressive objective, whether designed to incriminate a certain behaviour or ensure judicial cooperation, conventions that pursue more general objectives or conventions designed to protect human rights? Are we then talking about multilateral or bilateral conventions?, etc. The impact study alludes to "the correct implementation of the conventions" that bind France and Morocco, "such as the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment adopted in New York on 10 December 1984 and the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted in New York on 15 November 2000"⁵⁴. As far as the CNCDH is concerned, this indicative list fails to clarify the precise scope of the protocol and contains a number of major shortcomings like the

⁵² For more information on these issues see Huet, A. and Koering-Joulin, R., *Droit pénal international*, 3rd ed., PUF 2005 and Rebut, D., *Droit pénal international*, 2nd ed., Dalloz 2014.

⁵³ ICJ 28 May 1951, *Rec.*1951, p.21. Cited by Alain Pellet in his commentary on the Council of State decree of 23 December 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, n° 303678, in: Pellet, A. and Miron, A., *Les Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz 2015.

⁵⁴ *Etude d'impact*, p.2.

International Convention on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance to which both France and Morocco are party, and the many international conventions on the incrimination of terrorism. It is also important to consider the implementation of conventions that bind only one of the two parties, starting with the obligations by which France is bound in the framework of the International Criminal Court's Rome Statute.

10. In light of the aforementioned, the vagueness of the title of Article 23a, along with the lack of precision regarding both its field of application and its scope, as far as the CNCDH is concerned, conflicts with the requirements in terms of both the quality of the law, *a fortiori* with regards to repression, and more broadly legality and legal certainty, which are guaranteed at both constitutional and European levels.

II. PARAGRAPH 1

11. The first paragraph reads as follows: "In the framework of their respective commitments and for the purposes of contributing to the correct implementation of the international conventions by which they are bound, the Parties are committed to promoting more effective cooperation and all forms of exchange between judicial authorities for the purposes of correctly implementing procedures, particularly when the facts reported have been committed on the other Party's territory". As a result of these new stipulations, of course, States Parties are bound by a general obligation to exchange information but without any technical conditions, namely the diplomatic channel or the simplified channel⁵⁵, having been specified. Furthermore, the reference to "facts reported" would initially appear to allude to a "denunciation in connection with proceedings" in the technical sense of Article 23⁵⁶, whereas:

- paragraph 2 introduces an increased obligation to provide information (see *infra*);
- paragraph 3, which concerns the "returning" of proceedings, can be interpreted as engineering an actual disqualification of the French judge (see *infra*)⁵⁷ and not a "denunciation in connection with proceedings", as the impact study⁵⁸ would suggest.

Nevertheless, in reality, the expression "facts reported" undoubtedly refers to all criminally punishable acts "brought to the attention" of the French authorities by a victim.

In light of the aforementioned, the CNCDH can only regret this lack of precision and clarity, which is detrimental to the quality of the text.

III. PARAGRAPH 2

12. In the case outlined in the first paragraph, namely facts committed on the territory of either of the two States Parties, the second paragraph provides that "each Party must immediately inform the other Party of procedures regarding any criminally punishable acts

⁵⁵ Rebut, D., *Audition du 6 mai 2015*.

⁵⁶ In this respect, it should be borne in mind that, in legal terms, denunciation is the act whereby a State asks that another State pursue misdemeanours and criminal acts.

⁵⁷ See Court of Cassation, Criminal Division, 8 June 2005, *Bull.* n° 174, which specifies that a denunciation is not a disqualification in the framework of the European Convention on Mutual Judicial Assistance in Criminal Matters of 20 April 1959.

⁵⁸ *Etude d'impact*, p.3 (footnote n° 6).

that citizens of the latter are likely to be held responsible for committing". These stipulations impose an increased obligation to provide information on the part of the States Parties (and not directly on the part of the French and Moroccan judicial authorities) whilst insisting upon the immediacy of its provision⁵⁹. On the one hand, the obligation to provide information outlined here differs from the obligation of 'denunciation' improperly outlined in the previous article, which makes it difficult to comprehend these two paragraphs alongside one another. On the other hand, were it a matter of a basic obligation to provide information, as the CNCDH believes, it would be somewhat questionable. Firstly, the CNCDH laments the vagueness of the notion of immediacy and is surprised that, paradoxically, such information is transmitted via complicated and therefore time-consuming diplomatic channels (from Party to Party and not from judicial authority to judicial authority). Secondly, this obligation to provide information contravenes the independence of justice and the effectiveness of investigation, aside from any procedural guarantee. The risk of evidence being manipulated in a way that would be detrimental to the impleaded party or parties is also not to be ruled out (destruction of existing evidence, creation of false evidence, etc.)⁶⁰. Thirdly, this obligation to provide information can, in sensitive cases, prove detrimental to the victim(s) or witness(es) to the fact(s) in question, since there is a very real risk of them being subjected to pressure or even intimidation. Fourthly and finally, the immediacy of this information inevitably results in the suspension of the French procedure pending the response of the Moroccan authorities⁶¹.

IV. PARAGRAPH 3

13. This paragraph comprises four sub-paragraphs, some of which, the CNCDH believes, will present serious difficulties in terms of interpretation for the magistrates responsible for their application.

A. FIRST SUB-PARAGRAPH

14. The first sub-paragraph⁶² outlines the case of a procedure initiated with the French judicial authority by a non-French national, and therefore a foreigner but one who is not necessarily Moroccan, for acts committed in Morocco by a Moroccan. In this case, the French judicial authority to which the matter is referred gathers the relevant "observations and information" from the Moroccan judicial authority "as soon as possible".

⁵⁹ Rebut, D., *Audition du 6 mai 2015*.

⁶⁰ With regards to mutual judicial assistance, there is still the safeguard clause that is found in Article 3 of the Franco-Moroccan Convention, which allows for a refusal of mutual assistance "if the requested party believes that executing the demand is likely to be detrimental to the sovereignty, security, public order or any other essential interests of the country in question". As France reiterated before the International Court of Justice, the immediate communication of any confidential elements of an investigation file cannot challenge the validity of the investigation (see International Court of Justice, decree of 4 June 2008, *Djibouti v. France (Borrel case)*, *Rec.*, p.174).

⁶¹ See Rebut, D., *Audition du 6 mai 2015*.

⁶² "In the case of procedures initiated with the judicial authority of a Party by someone who is not a national of the country in question and for acts committed on the territory of the other Party by a national of said Party, the judicial authority to which the matter is referred gathers the relevant observations and information from the judicial authority of the other Party as soon as possible".

15. On the one hand, the CNCDH wishes to clarify that, in the case of the French judicial authority handling an offence committed abroad by a foreigner and involving a foreign victim, in the absence of any connection to France, the only jurisdiction exercised by the French courts and laws is then implicitly but necessarily the universal jurisdiction provided for by Articles 689-1 and following of the French Code of Criminal Procedure based on multilateral repressive conventions ratified by France. The offences concerned are crimes that are reputed to be extremely serious, such as acts of torture, terrorist crimes and enforced disappearances. In order to avoid a situation whereby their alleged perpetrator goes unpunished within the State on whose territory they were committed, certain international conventions designed to fight such crimes stipulate that anyone who finds themselves on the territory of a State that is party to the convention and suspected of having committed such an act must be arrested by the corresponding State Authority and then prosecuted and judged in accordance with criminal law.
16. On the other hand, the new text implicitly but inevitably means that the procedure implemented in France is required to be frozen pending the relevant "information and observations" from the Moroccan judicial authority. The CNCDH can only, therefore, once again lament the vagueness of the new stipulations.

B. SECOND SUB-PARAGRAPH

17. This sub-paragraph provides that in such a case (as the one outlined in the previous sub-paragraph), the Moroccan judicial authority "must take all measures it deems appropriate, including, where necessary, the initiation of a procedure". In this respect, the CNCDH reiterates the fact that a procedure has, however, already been initiated in France. It would therefore have been preferable for the stipulations to more clearly provide for the coordination between the two procedures (the French one and the Moroccan one), as well as the protection of the parties' respective procedural guarantees.

C. THIRD SUB-PARAGRAPH

18. The third sub-paragraph, which clarifies and supplements the previous one, provides that, "in light of the elements and information received", the French judicial authority to which the matter is referred "must determine the consequences of the procedure and ensure its return as a matter of priority" to the Moroccan judicial authority, or indeed its "conclusion". In terms of meaning, the verb "determine" refers not only to merely considering the consequences of the procedure but also making a decision regarding said consequences. In other words, unless discontinued by the Public Prosecutor's office (Article 40, first sub-paragraph of the French Code of Criminal Procedure), and in the absence of an *ab initio* refusal to provide information on the part of the examining magistrate (in the cases outlined in Article 86, sub-paragraph 4, of the French Code of Criminal Procedure⁶³),

⁶³ Article 86, sub-paragraph 4 of the CPP: The district prosecutor may only send the investigating judge submissions not to investigate where the facts of the case cannot lead to a lawful prosecution for reasons relating to the right to prosecute, or where, if the facts were shown to exist, they would not amount to any criminal offence. [official translation] The district prosecutor may also submit a petition not to proceed in the event that it is manifestly established, if need be in light of the investigations that have been made following the filing of the complaint or in accordance with the third sub-paragraph,

the French judicial authority is urged to "return [the case] as a matter of priority" to the Moroccan judicial authority and not simply report the facts for the purposes of continuing with proceedings, as the impact study, which is, after all, devoid of normative value⁶⁴, would suggest. Furthermore, if it were technically a denunciation in connection with proceedings as outlined in Article 23, the new stipulations would refer to the latter text and the terminology used therein ("denunciation" and not "return").

For all of these reasons, the CNCDH questions the technical and procedural terms of what resembles a disqualification, highlighting the following:

- the Code of Criminal Procedure, as it currently stands, does not provide for cases in which a matter is returned to a foreign judge⁶⁵;
- the impact study does, however, expressly state that the adoption of the protocol "does not imply any adaptation of national legislative or regulatory provisions"⁶⁶.

In any case, the priority of "returning" or "concluding" the proceedings would initially appear to fall within the discretionary power of the French magistrate. Nevertheless, the CNCDH believes that the latter will, in practice, consider himself to be bound, as soon as the conditions governing the application of the protocol are met⁶⁷.

19. Furthermore, regardless of these technical aspects, the CNCDH questions the fundamental scope of this text, immediately highlighting that it is significant. Indeed, the universal jurisdiction imposed on France, notably by means of treaties such as the International Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984, acts which must imperatively be prohibited within international law, should be withdrawn from Moroccan territorial jurisdiction, the conventional jurisdiction, reintroduced here by means of a bilateral agreement, even though universal jurisdiction was specifically required in order to avoid the all too frequent impunity afforded by the exclusive exercising of territorial jurisdiction, particularly when the alleged perpetrator of the acts has acted in the name of or under the umbrella of the State.

20. Moreover, the gradual implementation of this type of bilateral agreement would lead to the 1984 Convention against Torture and, moreover, any of the multilateral conventions that provide for universal jurisdiction to which France is party, becoming entirely devoid of their substance. Furthermore, it is important to consider the domino effect that the French attitude would have on that of its partners. It is difficult to see how France could refuse other partners the special regime from which Morocco would be benefiting. As far as the CNCDH is concerned, approving the additional Franco-Moroccan protocol would therefore prove a hindrance to effectively ensuring that the perpetrators of those considered to be the most serious of crimes do not go unpunished.

that the facts reported by the plaintiff have not been committed. [unofficial translation] Where the investigating judge decides otherwise, he must make a reasoned order. [official translation]"

⁶⁴ *Etude d'impact*, p.3.

⁶⁵ *Comp. Articles 627-4 and following of the CCP regarding the arrest and return of individuals summoned by the International Criminal Court.*

⁶⁶ *Etude d'impact*, p.2.

⁶⁷ See Rebut, D., *Audition du 6 mai 2015*.

21. In addition, it is also important to consider the specific classification of a terrorist crime, which also complies with French universal jurisdiction. In light of French positive law, a Moroccan national believed to have committed a terrorist attack in Morocco that has caused injury to Moroccan victims can, if arrested in France, be prosecuted and judged by a French court in accordance with French criminal jurisdictional, substantive and procedural laws. In the event of the additional protocol being approved, this individual should, as a matter of priority, be brought before and judged by a Moroccan court. In this respect, the Moroccan National Council for Human Rights recently reiterated the fact that safeguarding the guarantees of a fair trial, namely access to the justice system and the independence of the judicial authority, currently represents a major challenge for Morocco⁶⁸. It has also highlighted the persistence of acts of torture and the existence of inhuman and degrading treatment, notably towards those deprived of their liberty⁶⁹. On top of this, the death penalty, whilst it does not exist in France, does still exist in Morocco, with a *de facto* moratorium only covering the execution of the sentence⁷⁰.
22. All in all, as far as the CNCDH is concerned, whilst the preference given to the Moroccan justice system may lead to fears of alleged perpetrators of acts of torture going unpunished, resulting in a miscarriage of justice for victims, conversely, with regards to terrorism, the withdrawal of the French justice system may lead to fears of a risk of the defendant's right to a fair trial *lato sensu* being violated. Furthermore, this latter observation weakens, in terms of European law, the "return" provided for by the additional protocol since the European Convention on Human Rights protects all those under French jurisdiction, including those handed over by the French authorities to the authorities of a third State, to be tried there under conditions that are likely to constitute a violation of a right that is protected by its stipulations⁷¹.

With regards to the victims of such crimes, as far as the CNCDH is concerned, they are undoubtedly the losing party, in legal terms, since they are deprived of all of the guarantees associated with their status as a plaintiff by the French Code of Criminal Procedure⁷², a status that affects a civil right guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights⁷³, but also, in fact, since they are obliged to travel to Morocco in order to effectively defend their interests over the course of the procedure and later the trial.

Furthermore, the CNCDH is concerned about the absence of any form of appeal offered to such victims against the decision to "return", which constitutes a potential violation of

⁶⁸ National Council for Human Rights, *Rapport présenté par Monsieur Le Président du Conseil national des droits de l'Homme devant les deux Chambres du Parlement* ('Report presented by the President of the National Council for Human Rights to both Chambers of the Parliament'), Monday 16 June 2014, p.23.

Rapporteur. Cambon, C., *Rapport n°476, op. cit.*, p.8: the European Commission underlines the fact that, in Morocco, there is still progress to be made in order to achieve a real rule of law and to provide effective protection for the country's citizens. The corruption of the judicial system and the state of Moroccan prisons in particular are condemned.

⁶⁹ National Council for Human Rights, *Rapport présenté par Monsieur Le Président du Conseil national des droits de l'Homme devant les deux Chambres du Parlement* ('Report presented by the President of the National Council for Human Rights to both Chambers of the Parliament'), *op. cit.*, pp.23 and 29-30.

⁷⁰ <http://www.abolition.fr/fr/pays/maroc>.

⁷¹ ECtHR 7 July 1989, *Soering v. United Kingdom*, app. n° 15890/88.

⁷² For further information see Giudicelli-Delage, G. and Lazerges, C. (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, PUF 2008.

⁷³ See notably ECtHR 21 November 1995, *Acquaviva v. France*, app. n° 19248/91.

Article 16 of the 1789 Declaration, as interpreted by the Constitutional Council⁷⁴, and Article 13 of the European Convention on Human Rights.

D. FOURTH SUB-PARAGRAPH

23. The fourth and final sub-paragraph of this paragraph 3⁷⁵ appears to express the fears raised by Article 23a as a whole introducing a safety valve in the event of any waiver of the right to exercise universal jurisdiction on the part of the French judicial authority. Indeed, it provides that: "In the absence of a response or in the event of inertia" on the part of the Moroccan authority, the French judicial authority to which the matter has been referred should pursue the procedure based on the universal jurisdiction outlined by the aforementioned conventions. As far as the CNCDH is concerned, this safety valve is, in practice, likely to have no effect since it is difficult to imagine a lack of response or a sense of inertia on the part of the Moroccan authorities in the case of a procedure initiated in France and relating to counts of torture or terrorism, in light of the extreme seriousness of such actions⁷⁶. Finally, this latter sub-paragraph implicitly suggests that conducting the procedure in France is of secondary importance, since the "return" or "conclusion" take priority (see *supra*).

V. PARAGRAPH 4

24. The stipulations of paragraph 4 read as follows: "The provisions of paragraph 3 of the present article apply to individuals who are nationals of one or the other Party". They are intended to extend the scope of application of the previous paragraph (primarily the "return" by the French judge) beyond the boundaries of universal jurisdiction under ambiguous terms, with two seemingly acceptable interpretations of the text, which is highly detrimental to its intelligibility.

A. THE RESTRICTIVE INTERPRETATION OF PARAGRAPH 4

25. According to the first and restrictive interpretation, that is the one adopted by the CNCDH, whereby the expression "individuals who are nationals of one or the other Party" echoes the expression "procedures initiated (...) by someone who is not a national of the country in question" (paragraph 3), this "individual" can only be a victim. In the case of acts committed, for example, in Morocco, by a Moroccan and clearly provided for by international conventions (the purposes of which are unknown)⁷⁷, paragraph 4 can only refer to a Franco-Moroccan victim. It is no longer, therefore, a case of French universal jurisdiction being dismissed in favour of Moroccan territorial jurisdiction but rather the passive personality jurisdiction associated with the fact that the victim of the act is of French nationality. With no international conventional foundation, as is the case of universal jurisdiction, it is provided for by Article 113-7 of the Criminal Code: "Criminal law applies to any crime or misdemeanour punishable by imprisonment, committed by a French

⁷⁴ See Const. Coun. 4 November 2010, n° 2010-614 DC.

⁷⁵ "In the absence of a response or in the event of inertia on the part of the other Party, the judicial authority to which the matter is referred should pursue the procedure".

⁷⁶ It is lamentable that the text makes no reference to the criteria demonstrating the lack of will or capacity on the part of the State (*comp.* Article 17 of the Rome Statute).

⁷⁷ See *supra* §§ 9-10.

or foreign national, when the victim is of French nationality at the time of offence". In such a case, proceedings conducted in France are also dependent, in accordance with Article 113-8 of the criminal code, upon an "appeal to the Public Prosecutor", which is itself "preceded by a complaint on the part of the victim or their assignees or an official denunciation by the authority of the country in which the act was committed".

26. Of course, as the CNCDH recognises, since this jurisdiction that applies to all crimes that do not fall within French universal jurisdiction, that is to say the majority of them, and to misdemeanours punishable by imprisonment, relates not to an international obligation but rather a responsibility on the part of France with regards to its own citizens, their dual nationality cannot deny the protection of the French system with regards to crimes committed against them abroad, in particular. Furthermore, the CNCDH considers the legal and judicial position of a Franco-Moroccan victim to be less favourable than that of a victim of exclusively French nationality for the reasons previously outlined⁷⁸. Since an individual of dual nationality remains, in the eyes of French law, a French citizen like any other, enjoying the same rights and bound by the same obligations⁷⁹, paragraph 4 introduces an element of discrimination against a plaintiff of dual nationality which could potentially constitute a joint violation of Articles 6 and 14 of the European Convention on Human Rights, which the Court of Strasbourg will not fail to condemn.

B. THE EXTENSIVE INTERPRETATION OF PARAGRAPH 4

27. The hearings conducted at the CNCDH highlighted a potential broader interpretation of paragraph 4, according to which the expression "individuals who are nationals of one or the other Party" could refer to either the perpetrator or the victim of any acts⁸⁰ criminally sanctioned by an international convention. Consequently, not only the rules regarding passive personality jurisdiction but also those regarding active personality jurisdiction would yield to Moroccan territorial jurisdiction (Article 113-6 of the Criminal Code⁸¹ and, in the case of the aforementioned refusal of public action, Article 113-8 of the Criminal Code).

In this respect, fears of the unequal treatment of a French national who has committed an offence in Morocco and an individual with dual Franco-Moroccan nationality who has committed the same offence in Morocco are very real. As far as the CNCDH is concerned, challenging the French rules of repressive jurisdiction contradicts the statements made in

⁷⁸ See *supra* §§ 22.

⁷⁹ Article 17 §1 of the Council of Europe's European Convention on Nationality of 6 November 1997: "*Nationals of a State Party in possession of another nationality shall have, in the territory of that State Party in which they reside, the same rights and duties as other nationals of that State Party*".

⁸⁰ See Rebut, D., *Audition du 6 mai 2015*.

⁸¹ Article 113-6 of the Criminal Code: "*French criminal law is applicable to any felony committed by a French national outside the territory of the French Republic.*

It is applicable to misdemeanours committed by French nationals outside the territory of the French Republic if the conduct is punishable under the legislation of the country in which it was committed.

It is applicable to violations of the provisions of Regulation (EC) No. 561/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the harmonisation of certain social legislation relating to road transport, committed in another Member State of the European Union and confirmed in France, subject to the provisions of article 692 of the Code of Criminal Procedure or proof that an administrative penalty has been executed or has expired by statutory limitation.

The present article applies although the offender has acquired the French nationality after the commission of the offence of which he is accused".

the impact study, which underlines the fact that the additional protocol is being adopted "in accordance with [French] domestic law"⁸².

IN CONCLUSION,

28. For all of the reasons considered, and as things currently stand, the CNCDH expresses its resolute opposition to the adoption of the bill authorising the approval of the additional protocol since it will challenge a number of French rules regarding international repressive jurisdiction in relations between France and Morocco. The CNCDH is keen to emphasise, in particular, the fact that France is bound by the 1984 United Nations Convention which requires universal jurisdiction to be established with regards to crimes of torture in order to prevent the perpetrators of such crimes from going unpunished. As far as the CNCDH is concerned, France should only adopt a bilateral agreement that is designed to pursue the aim and purpose of said convention.

SUMMARY OF CNCDH RECOMMENDATIONS

Recommendation n° 1: The CNCDH recommends that the French authorities refrain from challenging the legal system that French diplomacy has helped to create within a multilateral framework in order to fight impunity and strengthen the international criminal justice system.

Recommendation n° 2: The CNCDH recommends that Franco-Moroccan cooperation, which is more important now than ever, be based on respect for the rule of law and for the independence of justice in both countries by increasing the contribution made by national human rights institutions and civil society organisations, including the media, as part of a model relationship.

Recommendation n° 3: The CNCDH therefore recommends that, as things currently stand, the bill authorising the approval of the additional protocol to the Convention on Mutual Judicial Assistance in Criminal Matters between the Government of the French Republic and the Government of the Kingdom of Morocco be withdrawn or rejected.

⁸² *Etude d'impact*, p.1.

**Avis sur le projet de loi relatif au renseignement dans sa version
enregistrée le 1^{er} avril 2015 à la Présidence
de l'Assemblée nationale⁸³**

Assemblée plénière du 16 avril 2015

(Adoption à l'unanimité)

1. Le 19 mars 2015, un projet de loi *relatif au renseignement* a été adopté en Conseil des ministres. L'*Exposé des motifs* du projet précise qu'il est aujourd'hui nécessaire « *de définir, dans la loi les principes et les finalités de la politique publique du renseignement, prérogative de l'Etat, pour reconnaître sa contribution à la sécurité nationale et à la défense des intérêts fondamentaux de la nation. Il reste surtout à encadrer l'utilisation des techniques de recueil de renseignement pour renforcer la protection des libertés individuelles tout en sécurisant l'action des services spécialisés* »⁸⁴. En dépit de la récente création d'un code de la sécurité intérieure (CSI)⁸⁵, un rapport parlementaire a constaté de nombreuses lacunes et l'extrême dispersion des textes régissant la matière, avant d'insister fortement sur la nécessité de créer un cadre juridique protecteur pour régir l'organisation, et l'activité des services de renseignement⁸⁶. Ce rapport évoque un « risque permanent » de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) garantissant le droit au respect de la vie privée et imposant que les ingérences dans l'exercice de ce droit reposent sur une base légale solide⁸⁷. Dans ces conditions, si la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) peut aisément comprendre, eu égard au principe de prééminence du droit inhérent à la démocratie, qu'il soit aujourd'hui nécessaire de légiférer pour encadrer strictement le recueil du renseignement, cela ne doit en aucun cas, vu le caractère sensible de la matière au regard de la protection des droits et libertés fondamentaux, se faire dans l'urgence et la précipitation. Un travail législatif de qualité suppose de consacrer à l'élaboration de la loi un temps suffisant et une méthode. Celle-ci devrait favoriser un dialogue constructif avec toutes les composantes de la société pour éclairer durablement les politiques publiques à venir. Elle devrait également répondre au souci d'aborder publiquement et en toute

⁸³ Le présent avis porte sur le projet de loi adopté par la Commission des lois (...) et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2015 sous le numéro 2697.

⁸⁴ *Exposé des motifs du projet de loi relatif au renseignement*, p. 4.

⁸⁵ Voir P. Mbongo et X. Latour, *Sécurité, libertés et légistique. Autour du code de la sécurité intérieure*, L'Harmattan 2012. Voir également E. Lépici, *Droit de la sécurité intérieure*, Gualino 2014.

⁸⁶ J.-J. Urvoas et P. Verchère, *Rapport d'information n° 1022 déposé par la commission des lois (...) en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement*, Assemblée nationale, 14 mai 2013, p. 13 et s.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 29-32. Voir également *Etude d'impact*, pp. 20-26 et 47 ; Assemblée nationale, *Rapport n° 2697 fait au nom de la Commission des lois (...) par M. Jean-Jacques Urvoas*, Paris le 2 avril 2015, pp. 22-25.

sérénité un sujet dont la gravité exclut qu'il soit traité dans l'émotion.

2. Pourtant, le passage en conseil des ministres du projet intervient à peine deux mois après la survenance des crimes terroristes, entre les 7 et 9 janvier 2015, et quelques jours seulement avant la tenue d'élections cantonales dont la campagne a été marquée par une forte présence du populisme et de l'extrémisme⁸⁸. Le projet de loi relatif au renseignement a également été élaboré quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* consécutive à l'affaire *Nemmouche*, et peu après deux autres lois consécutives, elles, à l'affaire Merah : la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *sur la Sécurité et la lutte contre le terrorisme* et la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale*. Il est utile de rappeler que cette dernière loi comprend un très grand nombre de dispositions relatives au renseignement⁸⁹. La CNCDH ne peut, une fois de plus, que déplorer cette prolifération de textes législatifs, relevant davantage de l'opportunité politique que du travail législatif réfléchi. Elle rappelle l'importance d'une politique pénale et de sécurité pensée, cohérente, stable et lisible, dont la qualité ne se mesure pas à son degré de réactivité aux faits divers ou aux circonstances du moment⁹⁰. L'empilement des réformes dans les domaines du champ pénal et de la sécurité intérieure (plus de 25 lois adoptées entre 1999 et 2014⁹¹) révèle malheureusement l'extrême segmentation des sujets traités et, trop souvent, une absence de réflexion d'ensemble⁹².

⁸⁸ Voir P. Birnbaum, *Sur un nouveau moment antisémite. « Jour de colère »*, Fayard 2015 ; L. Bouvet, *L'insécurité culturelle*, Fayard 2015 ; P. Muzny (dir.), *Les démocraties face à l'extrémisme*, Institut Universitaire Varenne 2014.

⁸⁹ Pour une présentation des dispositions de la loi de programmation militaire de 2013 relatives au renseignement, voir E. Lepic, *op. cit.*, pp. 366-372.

⁹⁰ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, en ligne sur : www.cncdh.fr, §§ 3-9.

⁹¹ 1999 : loi n° 99-515 du 23 juin 1999 *renforçant l'efficacité de la procédure pénale* ; loi n° 99-929 du 10 novembre 1999 *portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale* ; 2000 : loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* ; loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels* ; loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 *tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents et portant diverses dispositions de coordination en matière de procédure pénale* ; 2001 : loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne* ; 2002 : loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 *complétant la loi du 15 juin 2000* ; loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure* ; loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice* ; 2003 : loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure* ; loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 *renforçant la lutte contre la violence routière* ; 2004 : loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; loi n° 2004-811 du 13 août 2004 *de modernisation de la sécurité civile* ; 2005 : loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 *tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur* ; loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 *relative au traitement de la récidive des infractions pénales* ; 2006 : loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers* ; loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 *relative à la prévention et à la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* ; 2007 : loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 *relative à la prévention de la délinquance* ; loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* ; 2010 : loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 *renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public* ; loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 *tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale* ; 2011 : loi n° 2011-266 du 14 mars 2011 *relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs* ; loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* ; loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue* ; loi n° 2011-

3. Par ailleurs, le Gouvernement a, le 19 mars 2015, engagé la procédure accélérée. De ce fait, la CNCDH a été contrainte de prendre connaissance du projet de loi dans la plus grande précipitation avant son audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 25 mars 2015. N'ayant pu adopter un avis dans un temps aussi court, elle a dû se contenter de formuler des remarques sur certaines dispositions du projet de loi par la voie d'une note de sa présidente.

Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que rappeler une nouvelle fois sa ferme opposition à la mise en œuvre de cette procédure dans une matière aussi sensible pour les droits et libertés que le renseignement. La réforme constitutionnelle de 2008 a certes entraîné une diminution du temps parlementaire consacré à l'examen des projets de loi ce qui, en pratique, conduit le Gouvernement à mettre en œuvre plus fréquemment la procédure accélérée. Cependant celle-ci ne permet pas un fonctionnement normal du Parlement, dès lors qu'elle restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit, par ricochet, à la qualité de la loi⁹³. Pour la CNCDH, cette procédure présente certes un intérêt dans des circonstances exceptionnelles justifiant l'adoption d'une loi en urgence, mais de nombreux textes dont le caractère urgent n'est pas avéré et portant sur des sujets touchant aux droits et libertés fondamentaux sont malheureusement adoptés selon cette procédure⁹⁴.

4. A cela s'ajoute que l'élaboration à un rythme effréné de projets de loi ne permet pas une évaluation complète et rigoureuse du droit en vigueur, afin que soit établi un bilan de la pertinence et de l'efficacité des mesures existantes⁹⁵. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, ces textes doivent en effet être accompagnés d'une étude dite d'impact « *définiss[ant] les objectifs poursuivis par le projet de loi, recens[ant] les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et expos[ant] les motifs du recours à une nouvelle législation* »⁹⁶. La CNCDH insiste sur l'importance qu'elle attache à cette évaluation en relevant la pauvreté de l'*Etude d'impact* accompagnant le projet de loi *relatif au renseignement*⁹⁷. Ce document développe trop peu les modalités techniques du recueil du renseignement, ainsi que leurs incidences pratiques et

939 du 10 août 2011 *relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs* ;

2012 : loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 *relative à l'exécution des peines* ; loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *sur la sécurité et la lutte contre le terrorisme* ;

2013 : loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 *relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale* ;

2014 : loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*.

⁹² CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, op. cit., §§ 14-15 ; CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, JORF du 12 avril 2014, texte n° 48, § 86.

⁹³ Dans ce sens CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, op. cit., §§ 3-9.

⁹⁴ A titre indicatif, tel a notamment été le cas de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *sur la sécurité et la lutte contre le terrorisme* ou encore de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*.

⁹⁵ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, op. cit., §§ 12-13.

⁹⁶ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 *relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*.

⁹⁷ A plusieurs reprises, l'*Etude d'impact* ne procède à aucun examen en profondeur, après avoir évoqué, sans en justifier, les difficultés d'une évaluation (voir notamment *Etude d'impact*, pp. 64 et 73).

économiques (par exemple en matière de surveillance internationale, de mise en œuvre d'un dispositif de surveillance algorithmique ou d'utilisation d'un dispositif de proximité⁹⁸). Il est en outre parfois trop succinct sur les raisons d'une modification du droit existant (par exemple en ce qui concerne l'allongement des délais de conservation des interceptions des correspondances enregistrées ou des données de connexion⁹⁹), quand il ne procède pas par simple affirmation en s'exonérant de toute référence documentaire (notamment lorsqu'est évoqué l'intérêt de la captation des données informatiques¹⁰⁰). La CNCDH avait déjà dressé des constats similaires à propos de l'*Etude d'impact* qui accompagnait le projet de loi *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*¹⁰¹. Pourtant, une évaluation complète et rigoureuse contribuerait à améliorer la qualité de la loi. Au lieu de cela, la succession des réformes, sans un tel travail, rend le droit trop souvent imprécis, voire indéchiffrable et contradictoire¹⁰². S'agissant tout particulièrement de la législation relative au terrorisme, la doctrine la plus autorisée a relevé ses faiblesses rédactionnelles, sources d'ambiguïtés et de redondances¹⁰³. Dans un domaine aussi sensible pour le droit au respect de la vie privée que le renseignement, la CNCDH se doit de rappeler avec force que toute ingérence dans ce droit doit se fonder, comme l'exige la Cour européenne des droits de l'homme, sur une loi « *d'une précision particulière* », c'est-à-dire des règles claires et détaillées¹⁰⁴. A cet égard, le Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme affirme très justement qu'une « *loi qui est accessible mais dont les effets ne sont pas prévisibles, ne conviendra pas. De par leur caractère secret, les pouvoirs de surveillance spécifique présentent un risque plus élevé d'exercice arbitraire du pouvoir discrétionnaire lequel risque exige en retour que la réglementation applicable au pouvoir discrétionnaire soit plus précise et qu'un contrôle additionnel soit mis en place* »¹⁰⁵.

5. Plus fondamentalement, le consensus dont font l'objet les enjeux sécuritaires et la lutte contre le terrorisme¹⁰⁶ nuit à un débat de qualité : tout se passe comme si la simple invocation d'une plus grande efficacité pouvait justifier l'adoption, sans aucune discussion, des mesures les plus attentatoires aux libertés¹⁰⁷. Dans le contexte actuel marqué par des années de dérive sécuritaire¹⁰⁸, la CNCDH se doit de réaffirmer avec force que les Etats ne sauraient prendre, au nom d'intérêts considérés à juste titre comme primordiaux (notamment : la lutte contre le terrorisme ou la sauvegarde des intérêts fondamentaux de

⁹⁸ *Etude d'impact*, pp. 68, 71-73.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 52-53.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 66.

¹⁰¹ CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, JORF n° 0231 du 5 octobre 2014, texte n° 45, § 4.

¹⁰² Dans ce sens CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, *op. cit.*, §§ 10-17.

¹⁰³ J. Alix, *Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes*, Dalloz 2010 ; J. Alix, « Réprimer la participation au terrorisme », RSC 2014, p. 849 et s. ; Y. Mayaud, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ Pénal* 2013, p. 443 et s.

¹⁰⁴ Cour EDH 31 mai 2005, *Vetter c. France*, req. n° 59842/00, § 26.

¹⁰⁵ Nations unies (Assemblée générale), Conseil des droits de l'homme, *Le droit à la vie privée à l'ère du numérique, Rapport du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme*, A/HRC/27/37, 30 juin 2014, n° 29, p. 11.

¹⁰⁶ Voir P. Berthelet, *Crimes et châtements dans l'Etat de sécurité. Traité de criminologie politique*, EPU 2015, p. 652 et s.

¹⁰⁷ CNCDH 20 décembre 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur www.cncdh.fr.

¹⁰⁸ CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*, § 86.

la Nation), n'importe quelle mesure¹⁰⁹. La plus grande victoire des « ennemis des droits de l'homme »¹¹⁰ (terroristes ou autres) serait de mettre en péril l'état de droit¹¹¹ par l'émergence et la consolidation d'un état prétendu de sécurité qui se légitimerait par l'adoption de mesures de plus en plus sévères et de plus en plus attentatoires aux droits et libertés fondamentaux¹¹². Le présent projet de loi s'inscrit clairement dans cette évolution en légalisant le recueil du renseignement par le biais de techniques extrêmement intrusives dont certaines, nous le verrons, permettent une surveillance de masse. Dans sa résolution 68/167 adoptée le 18 décembre 2013, l'Assemblée générale des Nations unies se déclare profondément préoccupée « *par l'incidence néfaste que la surveillance ou l'interception des communications, y compris en dehors du territoire national, ainsi que la collecte des données personnelles, notamment à grande échelle, peuvent avoir sur l'exercice et la jouissance des droits de l'homme* », non sans avoir noté que « *si le souci de la sécurité publique peut justifier la collecte et la protection de certaines données sensibles, il ne dispense pas les Etats de respecter pleinement les obligations que leur impose le droit international des droits de l'homme* »¹¹³. La CNCDH soutient cet effort constant pour « *raisonner la raison d'Etat* »¹¹⁴, faute de quoi les démocraties ruineraient les principes qui les fondent et font leur force¹¹⁵.

6. A l'instar de la Cour de Justice de l'Union européenne¹¹⁶ et de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁷, la CNCDH estime que le droit au respect de la vie privée constitue un rempart contre les possibles dérives de l'état prétendu de sécurité. Elle se doit de rappeler son profond attachement aux articles 7 et 8 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi rédigés :

Article 7 de la Charte : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ».

Article 8 paragraphe 1 de la Charte : « *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* ».

Article 8 de la CESDH : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans

¹⁰⁹ CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*, § 5.

¹¹⁰ Voir D. Hoeges, *Die Menschenrechte und ihre Feinde. Deutsche Profile zwischen Kaiserreich und Bundesrepublik*, Machiaveli Edition 2013.

¹¹¹ Dans ce sens voir C. Lazerges, *Dédoulement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux*, Mélanges Bernard Bouloc, Dalloz 2007, p. 573 et s.

¹¹² Voir P. Berthelet, *op. cit.*, p. 652 et s. Voir également J. Follorou, *Démocraties sous contrôle. La victoire posthume d'Oussama Ben Laden*, CNRS éditions 2014.

¹¹³ Assemblée générale des Nations unies (68^{ème} Session) 18 décembre 2013, *Résolution n° 68/167 sur le droit à la vie privée à l'ère du numérique*, A/RES/68/167, p. 2.

¹¹⁴ Voir M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, PUF 1989.

¹¹⁵ Dans ce sens E. Decaux, *Terrorisme et droit international des droits de l'homme*, in : H. Laurens et M. Delmas-Marty (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS Editions 2010, p. 304.

¹¹⁶ Voir surtout CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, n° C-293/12 et C-594/12.

¹¹⁷ Voir notamment Cour EDH 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71.

une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

7. La Cour de Strasbourg affirme solennellement en se fondant sur ce dernier texte que : « *Caractéristique de l'État policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques* »¹¹⁸ avant de souligner « *que les États contractants ne disposent pas pour autant d'une latitude illimitée pour assujettir à des mesures de surveillance secrète les personnes soumises à leur juridiction. Consciente du danger (...) de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre, elle affirme qu'ils ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée (...) Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus.* »¹¹⁹. Pour la CNCDH ces garanties exigent :

- la prohibition de la surveillance de masse (I.) ;
- la clarté et la prévisibilité de la loi (II.) ;
- le contrôle effectif des techniques de renseignement (III.) ;
- le strict respect de la séparation des pouvoirs (IV.).

I. PROHIBER LA SURVEILLANCE DE MASSE

8. Le projet de loi comprend plusieurs dispositions relatives au recueil des données de connexion et aux interceptions des correspondances émises par la voie électronique. Sur le fondement de l'article 8 de la CESDH, la Cour européenne des droits de l'homme estime que la fouille et la saisie de données électroniques s'analysent en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur « correspondance »¹²⁰. Une telle ingérence doit impérativement poursuivre un objectif de défense d'un intérêt légitime. Comme l'indique l'article 8 alinéa 2 de la CESDH déjà mentionné, elle doit constituer « *une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Plusieurs dispositions du projet de loi ne répondent pas à ces exigences, dès lors qu'elles légalisent au-delà des pratiques de surveillance ponctuelles et ciblées (« *targeted surveillance* »), le recours à des pratiques de surveillance permanente et générale (« *dragnet surveillance* »)¹²¹ rendant la défense d'un intérêt légitime illusoire.

A. PROHIBER LE RECUEIL GENERALISE ET INDIFFERENCIE DES DONNEES DE CONNEXION

9. A titre liminaire, il doit être précisé que les données de connexion ne portent pas sur le contenu des communications. De manière générale, ce sont les informations produites ou

¹¹⁸ *Ibid.*, § 42.

¹¹⁹ *Ibid.*, §§ 49-50.

¹²⁰ Cour EDH 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, req. n° 74336/01, § 45.

¹²¹ Sur cette distinction, voir S.-Y. Laurent, « Liberté et sécurité dans un monde anémique de données », in : CNCDH, 22^{ème} rapport d'activité. *Années 2013-2014*, La documentation française 2015, p. 16.

nécessités par l'utilisation des réseaux de communications électroniques, qu'il s'agisse des communications téléphoniques ou des connexions au réseau internet (données de trafic, de localisation, de facturation, etc.)¹²². Les opérateurs disposent ainsi de deux catégories de données se rapportant aux utilisateurs de leurs réseaux : celles, administratives, relatives à leurs clients qu'ils traitent dans le cadre de leur relation commerciale (les nom, prénom, adresse, mode de paiement de l'abonnement, etc.) et celles, techniques, relatives aux communications émises par leurs clients sur leurs réseaux (numéros de téléphone appelant et appelé, date et durée de l'appel ou de la connexion, identifiant de l'appareil utilisé par leurs clients, etc.)¹²³. Ainsi que le précise très justement la Cour de justice de l'Union européenne, « ces données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la personne dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci »¹²⁴. Plusieurs dispositions du projet de loi autorisent la collecte massive de données de connexion et permettent ainsi des agrégations d'informations (« métadonnées ») qui vont bien au-delà de ce que l'on obtient en accédant au seul contenu d'une communication privée¹²⁵.

1° Prohiber la surveillance massive découlant du recueil en temps réel sur les réseaux des opérateurs

10. Le nouvel alinéa premier de l'article L. 851-3 du CSI règlemente, pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, « le recueil des informations et documents mentionnés à l'article L. 851-1 » traités par les prestataires techniques de l'internet et « relatifs à des personnes préalablement identifiées comme présentant une menace ». Ce même texte ajoute que « ce recueil peut être opéré en temps réel sur les réseaux des opérateurs ».

Tout d'abord, en se référant aux « informations et documents mentionnés à l'article L. 851-1 », le nouveau texte est relatif aux seules données techniques de connexion¹²⁶ et non au contenu des correspondances (contenu des courriels, des SMS, etc.). Eu égard aux exigences de clarté, d'accessibilité et de précision de la loi, il aurait été souhaitable que le nouvel article L. 851-3 du CSI exclue explicitement de son champ d'application les données de contenu relatives aux correspondances.

Ensuite, la CNCDH exprime ses plus vives inquiétudes à l'égard de ces modalités de recueil des données (en temps réel sur les réseaux des opérateurs et à leur insu) qui sont

¹²² G. Mathias et A.-C. Lorrain, « Données de connexion : un état des lieux ou une première tentative de démêlage de la toile législative », *RLDI* n° 11 (décembre 2005), p. 334.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, *op. cit.*, § 27.

¹²⁵ Nations unies (Assemblée générale), Conseil des droits de l'homme, *Le droit à la vie privée à l'ère du numérique*, *op. cit.*, n° 19, p. 7.

¹²⁶ Les données énumérées à l'article L. 851-1 du CSI sont les suivantes : les informations ou documents traités ou conservés par les réseaux ou services de communications électroniques des prestataires techniques, y compris les données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, à la localisation des équipements terminaux utilisés, ainsi qu'aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications

extrêmement intrusives dès lors qu'en pratique, elles donneront lieu à une aspiration massive des données par le biais de procédés technologiques tels que des sondes¹²⁷.

Enfin, la collecte des données concerne un ensemble de personnes « *préalablement identifiées comme présentant une menace* ». A cet égard, la CNCDH relève le caractère extrêmement vague de ce critère, dont la mise en œuvre reposera vraisemblablement sur un diagnostic de dangerosité et un pronostic de passage à l'acte terroriste par définition aléatoires¹²⁸. Dans ces conditions, le périmètre exact des personnes concernées par le recueil des données de connexion n'est pas clairement défini.

2° Prohiber la surveillance massive découlant de la mise en œuvre d'un dispositif algorithmique

11. Un nouvel article L. 851-4 du CSI prévoit, pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, la possibilité de recourir à un dispositif destiné à détecter une menace terroriste, sur la seule base de traitements automatisés et sans procéder à l'identification de personnes déterminées. En d'autres termes, il s'agit de repérer, par le biais d'un algorithme, une succession suspecte de données de connexion anonymes et plus précisément de détecter des signaux dits faibles de préparation d'un acte de terrorisme. Comme l'indique utilement la CNIL, ceux-ci « *s'entendent de tendances, de modus operandi, ou encore de traces qui risquent d'être illisibles ou non détectables isolément, mais qui, rapportées à un ensemble de personnes, mettent en évidence des occurrences révélatrices de certains comportements* »¹²⁹.

Après passage en Commission des lois, le nouvel article L. 851-4 du CSI précise que les informations et documents susceptibles d'être traités sont ceux de l'article L. 851-1 du même code. Il ajoute que le dispositif algorithmique est destiné à être utilisé « *sans procéder au recueil d'autres données que celles qui répondent aux critères de conception des traitements automatisés* ». La CNCDH ne peut que s'en féliciter dès lors qu'elle avait recommandé au législateur, lors de son audition du 25 mars 2015, de fixer le périmètre exact des données susceptibles d'être traitées et, le cas échéant, collectées dans le cadre du nouveau texte.

Toutefois, la CNCDH s'étonne de voir précisé dans le nouvel article L. 854-1 du CSI que la mise en œuvre du traitement automatisé aura lieu « *sans procéder à l'identification des personnes auxquelles ces informations et documents se rapportent* ». La possibilité de lever l'anonymat¹³⁰ montre que le dispositif porte en réalité sur des données directement

¹²⁷ Dans ce sens CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015 portant avis sur un projet de loi relatif au renseignement. Demande d'avis n° 15005319*, en ligne sur www.cnil.fr, pp. 8-9.

¹²⁸ Voir CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, *op. cit.*, § 10.

Sur la notion de dangerosité et ses dérives, voir G. Giudicelli-Delage et C. Lazerges (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF 2011.

¹²⁹ CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, *op. cit.*, p. 9.

¹³⁰ Article L. 851-4 alinéa 2 nouveau du CSI : « *Si une telle menace est ainsi révélée, le Premier ministre ou l'une des personnes déléguées par lui peut décider, après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre II du présent livre, de procéder à l'identification des personnes concernées et au recueil des informations ou documents afférents. Leur exploitation s'effectue alors dans les conditions prévues au chapitre II du même titre* ».

ou indirectement identifiantes et ne pouvant, pour cette raison, être considérées comme anonymes¹³¹.

Enfin, quant à la technologie employée, le recours à un dispositif algorithmique suppose la définition préalable de critères de recherche et de sélection dont la fiabilité et la pertinence ne sont pas assurées dans les nouvelles dispositions¹³², qui se contentent, un peu trop facilement, d'un avis, voire de recommandations, de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (voir *infra*)¹³³. Dans ces conditions, rien dans le texte ne permet de garantir avec certitude que les données brutes relatives à des personnes totalement étrangères à la préparation d'actes de terrorisme ne seront pas détectées et, le cas échéant, collectées puis conservées¹³⁴. Au regard de ce qui précède, la rédaction du nouvel article L. 851-4 est, pour la CNCDH, insuffisamment protectrice.

3° Prohiber la surveillance massive découlant de la mise en œuvre d'un dispositif de proximité (« IMSI-Catcher »)

12. Un nouvel article L. 851-7 I. du CSI¹³⁵ prévoyait, dans la version du projet de loi adoptée en Conseil des ministres, le recueil des « données techniques de connexion » et de celles relatives à la localisation des équipements terminaux à partir d'un « dispositif technique de proximité ». La Commission des lois de l'Assemblée nationale a supprimé ce texte et consacré dans un nouvel article L. 851-5 du CSI la possibilité pour les services de renseignement de collecter des données de connexion à partir d'un « appareil » ou d'un « dispositif technique mentionné au 1° de l'article 226-3 du code pénal »¹³⁶. D'emblée, la CNCDH regrette profondément l'imprécision des nouvelles dispositions quant aux dispositifs techniques destinés à être mis en œuvre pour le recueil des données de connexion. Ce défaut de qualité de la loi vaut habilitation pour les services de

¹³¹ CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015, op. cit.*, p. 9 ; Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique (Assemblée nationale), *Recommandation sur le projet de loi relatif au renseignement en cours d'examen au Parlement*, en ligne sur www.assemblee-nationale.fr, § 4.

¹³² Conseil national du numérique, « Renseignement : le Conseil national du numérique s'inquiète d'une extension du champ de la surveillance et invite à renforcer les garanties et les moyens du contrôle démocratique », en ligne sur : www.cnumerique.fr. Monsieur Nitot souligne que le dispositif algorithmique a démontré son extrême inefficacité aux Etats-Unis en dépit d'investissements astronomiques.

¹³³ Article L. 851-4 alinéa 3 nouveau du CSI : « La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement émet un avis sur le dispositif et les critères des traitements automatisés mentionnés au premier alinéa du présent article. Elle dispose d'un accès permanent à ceux-ci, est informée de toute modification apportée et peut émettre des recommandations. Lorsqu'elle estime que les suites données à ses avis ou à ses recommandations sont insuffisantes, elle peut faire application de l'article L. 821-6 ».

¹³⁴ Voir dans ce sens Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique (Assemblée nationale), *op. cit.*, § 4.

Voir également S.-Y. Laurent, *op. cit.*, p. 16, qui précise que ce type de technologie brouille la notion de « suspect » du fait de l'élargissement de la surveillance.

¹³⁵ Article L. 857-1 I. nouveau du CSI : « Pour la prévention des atteintes aux intérêts publics mentionnés à l'article L. 811-3, peuvent être directement recueillies, au moyen d'un dispositif technique de proximité mis en œuvre par un service autorisé à le détenir en vertu des dispositions du 1° de l'article 226-3 du code pénal : 1° Les données techniques de connexion strictement nécessaires à l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur ; 2° Les données techniques relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés ».

¹³⁶ « Le recueil des informations ou documents mentionnés à l'article L. 851-1 peut également être autorisé au moyen d'un appareil ou d'un dispositif technique mentionné au 1° de l'article 226-3 du code pénal, qui fait l'objet d'une inscription dans un registre spécial tenu à la disposition de la Commission de contrôle des techniques de renseignement et qui ne peut être mis en œuvre que par des agents individuellement désignés et dûment habilités. Un service du Premier ministre centralise les informations ou documents recueillis, qui sont détruits dès qu'il apparaît qu'ils ne sont pas en rapport avec l'autorisation de mise en œuvre, dans un délai maximal de trente jours ».

renseignement à recourir aux technologies les plus intrusives, existantes ou à venir. La prévisibilité du périmètre de la loi est réduite à néant.

Plus concrètement, le nouvel article L. 851-5 du CSI est destiné à légaliser le recours à la technologie dite de « *l'IMSI-catching* », qui permet de capter, par le biais d'une fausse antenne relais, les données de connexion de toutes les personnes détenant un périphérique électronique (téléphone cellulaire, ordinateur, tablette, *etc.*) dans une zone géographique déterminée. Ainsi, les données relatives à des personnes étrangères à la mission de renseignement se trouvant dans le périmètre d'action de « *l'IMSI-catcher* » sont inévitablement interceptées à leur insu¹³⁷.

13. S'agissant du périmètre des données pouvant être collectées, la version initiale du texte le limitait très strictement aux « *données de connexion strictement nécessaires à l'identification d'un équipement terminal* » ou au « *numéro d'abonnement de son utilisateur* », ainsi qu'aux « *données techniques relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés* ». En renvoyant à l'article L. 851-1 du CSI la version adoptée en Commission des lois étend considérablement le champ des données pouvant être recueillies. A cela s'ajoute que la mise en œuvre du dispositif peut être autorisée pour une durée de quatre mois renouvelable. Aussi, le nombre des données pouvant être recueillies durant une telle période est-il considérable, ce qui pose indéniablement problème lorsqu'elles sont relatives à des personnes étrangères à la mission de renseignement.
14. Par ailleurs, le texte adopté en Commission des lois dispose qu'un « *service du Premier ministre centralise les informations ou documents recueillis, qui sont détruits dès qu'il apparaît qu'ils ne sont pas en rapport avec l'autorisation de mise en œuvre, dans un délai maximal de trente jours* ». En pratique, l'absence de rapport entre les données collectées et la mission de renseignement peut très bien « *apparaître* » plusieurs mois après l'autorisation de mise en œuvre de la technique de renseignement. Ainsi, des personnes totalement étrangères aux finalités de l'article L. 811-3 du CSI auront-elles été surveillées, sans fondement légal, durant une longue période. Pour la CNCDH, les nouvelles dispositions ne les protègent pas suffisamment contre les risques inhérents à la diffusion, à la divulgation ou à la déperdition des données les concernant. Le droit à la protection des données personnelles n'est donc pas garanti.
15. Au regard de ce qui précède, le projet de loi légalise la possibilité d'une collecte systématique, généralisée et indifférenciée de données de connexion. De ce fait, la caractérisation d'un intérêt légitime justifiant une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée est totalement illusoire. La CNCDH y voit une violation flagrante de l'article 8 de la CESDH.

B. PROHIBER LE RECUEIL GENERALISE ET INDIFFERENCIE DES CORRESPONDANCES EMISES PAR LA VOIE ELECTRONIQUE

16. En premier lieu, aux termes du nouvel article L. 852-1 du CSI, les interceptions de correspondances émises par la voie des communications électroniques peuvent être

¹³⁷ Voir CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*, § 31 ; CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, *op. cit.*, p. 10.

autorisées, dès lors qu'elles « *sont susceptibles de révéler des renseignements entrant dans les finalités mentionnées à l'article L. 811-4* » (la sécurité nationale, la prévention du terrorisme, la prévention de la criminalité et de la délinquance organisées, etc.). La CNCDH se doit d'exprimer ses plus vives réserves à l'égard de ces nouvelles dispositions qui omettent le caractère exceptionnel du recours à cette technique de renseignement.

Surtout, le nouveau texte étend la possibilité d'intercepter les correspondances à l'entourage de la personne initialement surveillée, c'est-à-dire à son univers relationnel. Le nouvel alinéa 1^{er} de l'article L. 852-1 dispose en effet : « *Lorsque une ou plusieurs personnes appartenant à l'entourage de la personne visée par l'autorisation sont susceptibles de jouer un rôle d'intermédiaire, volontaire ou non, pour le compte de celle-ci ou de fournir des informations au titre de la finalité faisant l'objet de l'autorisation, celle-ci peut être accordée également pour ces personnes* ». En évoquant le caractère involontaire du rôle d'intermédiaire, sans donner davantage de précisions, le nouveau texte ne fixe aucune limite stricte quant au périmètre des personnes pouvant faire l'objet d'une interception de correspondance. Son application permet, par un effet de réaction en chaîne, l'interception de correspondances émises entre des personnes qui ne sont pas en relation directe et immédiate avec les activités supposées délictueuses de la personne surveillée¹³⁸. Pour la CNCDH, la mise en œuvre des nouvelles dispositions aboutira en pratique à autoriser la surveillance indifférenciée du contenu des communications électroniques de personnes étrangères à la mission de renseignement.

A cela s'ajoute que, selon ce même article L. 852-1 du CSI, l'autorisation du recours à une interception de correspondances émises par la voie de communications électroniques « *vaut autorisation de recueil des informations ou documents mentionnés à l'article L. 851-1* ». En bref, l'autorisation d'une interception emporte le recueil des données de connexion. Il y a, à cet endroit, une confusion fâcheuse entre le recueil des données de contenu et le recueil des données de connexion, alors même que leurs enjeux, leurs régimes juridiques et les dispositifs techniques y afférents sont différents¹³⁹. Il en résulte qu'au-delà des données de contenu, ce sont les données de connexion de personnes étrangères à la mission de renseignement qui pourront donc être recueillies.

17. En second lieu, il ressort de la lettre du nouvel article L. 852-1 que les interceptions de sécurité peuvent être réalisées par le biais d'un dispositif de proximité¹⁴⁰. Est donc rendue possible, par le biais de la technologie de « *IMSI-catching* », la surveillance de la totalité des correspondances électroniques émises et reçues par toutes les personnes présentes dans la zone géographique couverte par le dispositif. Pour la CNCDH, la mise en œuvre de cette technologie aboutira inévitablement à intercepter en masse des correspondances émises ou reçues par des personnes sans lien avec les motifs d'intérêt général justifiant le recours à une technique de surveillance. Par ailleurs, le texte précise certes que « *les correspondances interceptées par cet appareil ou ce dispositif technique sont détruites dès qu'il apparaît qu'elles sont sans lien avec l'autorisation délivrée* ». Mais si cela « apparaît » de nombreux mois après la mise en œuvre de la technique de renseignement, les personnes concernées auront été surveillées sans fondement légal et sans être

¹³⁸ Dans un tel cas de figure, la CJUE caractérise une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée (voir CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, op. cit., §§ 58-59).

¹³⁹ Dans le même sens, voir CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, op. cit., p. 5.

¹⁴⁰ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2697*, op. cit., p. 65.

protégées contre les risques inhérents à la diffusion, à la déperdition ou à la divulgation des renseignements collectés. Comme précédemment, la CNCDH y voit une atteinte au droit à la protection des données personnelles.

18. Au regard de ce qui précède, comme pour le recueil des données de connexion, le projet de loi légalise la possibilité de recourir à des interceptions de correspondances électroniques de manière systématique, généralisée et indifférenciée. De ce fait, la caractérisation d'un intérêt légitime justifiant une ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée est totalement illusoire. La CNCDH y voit à nouveau une violation flagrante de l'article 8 de la CESDH.

C. PROTÉGER LES PERSONNES AYANT UN STATUT SPECIFIQUE

19. Lors de son audition devant la Commission des lois, la CNCDH a relevé que la version du projet adoptée en Conseil des ministres ne prévoyait aucune disposition spécifique en ce qui concerne les personnes ayant un statut ou exerçant une profession imposant une protection spécifique, comme notamment les magistrats, les avocats, les parlementaires, les médecins ou encore les journalistes¹⁴¹. A cet égard, la CNCDH estime que les personnes astreintes à un secret professionnel doivent faire l'objet d'un régime juridique particulier¹⁴². S'agissant plus spécifiquement des journalistes, elle rappelle une nouvelle fois¹⁴³, que la liberté d'expression, garantie par l'article 10 de la CESDH, constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique¹⁴⁴. En effet, la presse a un « rôle indispensable de « chien de garde » en démocratie »¹⁴⁵ ; or sans protection du secret des sources par l'Etat, « son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie »¹⁴⁶. Ainsi, la protection du secret des sources est « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse (...) »¹⁴⁷ car elle garantit le droit à l'information du public sur des questions d'intérêt général. Par conséquent, la CNCDH regrette que le projet de loi ne comprenne aucune disposition générale relative à la protection du secret des sources et restreignant la mise en œuvre des techniques de renseignement à l'égard des journalistes.

20. Elle se doit néanmoins de noter une amélioration dans le texte adopté en Commission des lois. Un nouvel article L. 821-5 alinéa 3 du CSI interdit en effet de recourir à la procédure d'urgence, dès lors que le recueil du renseignement porte « sur un membre d'une des professions ou sur le titulaire d'un des mandats mentionnés aux articles 56-1, 56-2 et 100-7 du code de procédure pénale » (avocats, magistrats, entreprises de presse ou de communication audiovisuelle et parlementaires). Pour la CNCDH, ces dispositions ne devraient pas être cantonnées à la seule procédure d'urgence. Elle recommande leur extension à tous les cas d'autorisation de recours à une technique de renseignement. A

¹⁴¹ Dans le même sens, voir CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, *op. cit.*, p. 7 ; Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique (Assemblée nationale), *op. cit.*, § 4 ; DDD 2 avril 2015, *Avis n° 15-04*, pp. 3-5.

¹⁴² Dans ce sens CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, *op. cit.*, § 58.

¹⁴³ CNCDH 25 avril 2013, *Avis sur la réforme de la protection du secret des sources*, *JORF* n° 0134 du 12 juin 2013, texte n° 90.

¹⁴⁴ Voir notamment Cour EDH, 28 juin 2012, *Ressiot & autres c. France*, req. n° 15054/07 et 15066/07.

¹⁴⁵ Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 17488/90.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

défaut, la surveillance généralisée de ces personnes sera légalisée, au mépris des principes démocratiques les plus élémentaires.

D. EXCLURE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE DE LA COMMUNAUTE DU RENSEIGNEMENT

21. Un nouvel article L. 811-4¹⁴⁸ ouvre la possibilité de désigner par décret en Conseil d'Etat le bureau du renseignement de l'administration pénitentiaire, afin que celui-ci puisse recourir aux techniques de recueil du renseignement dans les conditions fixées par le code de la sécurité intérieure. L'intégration potentielle de l'administration pénitentiaire dans la communauté du renseignement a été décidée en Commission des lois¹⁴⁹, sans que cela ne donne préalablement lieu à expertise. A cet égard, la CNCDH pense qu'une telle option est de nature à bouleverser le rôle dévolu au renseignement pénitentiaire chargé aujourd'hui de « recueillir et d'analyser » les « informations utiles à la sécurité des établissements »¹⁵⁰. Elle conduirait en effet à faire évoluer le métier des surveillants pour créer un corps de professionnels du renseignement autorisés à mobiliser, sur le fondement des finalités définies à l'article L. 811-3 du CSI (prévention du terrorisme, prévention de la criminalité organisée, intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France, etc.), des techniques particulièrement intrusives, dont la mise en œuvre ne sera ainsi plus destinée au seul maintien de la sécurité dans les établissements pénitentiaires¹⁵¹. De plus, une telle évolution brouillerait la nature des missions conférées au service public pénitentiaire qui doit principalement contribuer à « *l'insertion ou à la réinsertion des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire, à la prévention de la récidive et à la sécurité publique dans le respect des intérêts de la société, des droits des victimes et des droits des personnes détenues* » (article 2 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire*). Pour toutes ces raisons, la CNCDH recommande d'exclure l'administration pénitentiaire de la communauté du renseignement.

22. Par ailleurs, la CNCDH a, dans son avis du 25 septembre 2014 relatif au projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, exprimé son opposition à l'emploi par l'administration pénitentiaire de technologies telles que « *l'IMSI-catching* ». A partir d'un tel procédé, les données techniques de connexion de personnes non détenues présentes dans ou à proximité de l'établissement pénitentiaire (riverains, avocats, magistrats et autres personnels de justice, agents de l'administration pénitentiaire, journalistes, parlementaires, etc.) seront systématiquement recueillies¹⁵². En l'absence de dispositions protégeant les personnes ayant un statut spécifique et celles étrangères à la mission de renseignement, la CNCDH y voit un risque d'atteinte grave à l'article 8 de la CESDH.

¹⁴⁸ Article L. 811-4 nouveau du CSI : « *Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, désigne ceux des services, autres que les services spécialisés de renseignement, relevant des ministres de la défense, de la justice et de l'intérieur ainsi que des ministres chargés de l'économie, du budget ou des douanes, qui peuvent être également autorisés à recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre dans les conditions prévues au même livre. Il précise notamment, pour chaque service, celles des finalités mentionnées à l'article L. 811-3 et des techniques qui peuvent donner lieu à autorisation* ».

¹⁴⁹ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2697, op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁰ Article 2 de l'arrêté du 9 juillet 2008 *fixant l'organisation en sous-directions de l'administration pénitentiaire* (NOR : JUSG0816354A).

¹⁵¹ Voir OIP, *Insertion de la pénitentiaire dans la « communauté du renseignement » ? Une dérive dangereuse*, en ligne sur : www.oip.org.

¹⁵² Voir CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, op. cit.*, § 31.

23. En conclusion, les nouvelles dispositions bouleversent la politique du renseignement, ainsi que la conception du travail, des missions et des mesures de surveillance. Il ne s'agit plus seulement d'accéder aux données utiles concernant une personne identifiée comme devant faire l'objet d'une surveillance particulière, mais de permettre de collecter de manière systématique, généralisée et indifférenciée un volume important de données, qui peuvent, le cas échéant, être relatives à des personnes totalement étrangères à la mission de renseignement. La CNCDH formulera trois remarques à partir de ce constat.

Tout d'abord, l'Etat va être confronté au problème du stockage de masse des données : du fait de leur volume, le traitement des informations collectées sera toujours en retard par rapport au flux de collecte, ce qui entraînera un stockage extensif de données personnelles non analysées dont le coût pourrait se chiffrer en milliards¹⁵³. Le silence de *l'Etude d'impact* sur cette question et ses implications en termes de respect des droits et libertés fondamentaux est fort regrettable.

Ensuite, il s'avère que dans le cadre de la surveillance de masse, la recherche technique a du mal à distinguer les cibles domestiques des cibles étrangères¹⁵⁴. Le risque d'un « état panoptique » est donc à prendre au sérieux et un contrôle efficace des opérations de recueil du renseignement est essentiel.

Enfin, la collecte massive de données implique un traitement en masse de celles-ci. Plus les données collectées sont massives, plus il devient indispensable de renforcer les capacités humaines et techniques d'exploitation du renseignement¹⁵⁵. Aussi, la définition préalable et la mise en œuvre de méthodes rigoureuses de tri, d'analyse et de traitement du renseignement s'avère-t-elle indispensable¹⁵⁶, comme le contrôle et l'évaluation indépendante de ces méthodes. Là encore, *l'Etude d'impact* est lacunaire.

II. GARANTIR LA CLARTE ET LA PREVISIBILITE DE LA LOI

24. A titre liminaire, il doit être rappelé que sur le fondement de l'article 8 de la CESDH, la Cour de Strasbourg estime que « *les mesures de surveillance doivent (...) se fonder sur une loi d'une précision particulière ; l'existence de règles claires et détaillées apparaît indispensable, d'autant que les procédés techniques utilisables ne cessent de se perfectionner* »¹⁵⁷. Plusieurs dispositions du projet de loi ne satisfont pas ces exigences.

¹⁵³ J.-C. Cousseran et P. Hayez, *Renseigner les démocraties, renseigner en démocratie*, Odile Jacob 2015, p. 94. Ces auteurs précisent utilement que le centre de stockage de Bluffdale (Utah) a été financé à hauteur de 2 milliards de dollars américains.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 94.

¹⁵⁵ Voir le *Livre blanc défense et sécurité nationale 2013*, Paris 2013, p. 137.

¹⁵⁶ Voir J.-C. Cousseran et P. Hayez, *op. cit.*, pp. 97-132. Ces deux auteurs précisent que la « réouverture du champ du renseignement appelle une attention renouvelée aux méthodes, aux procédures et aux structures de l'analyse » (p. 132).

¹⁵⁷ Cour EDH 31 mai 2005, *Vetter c. France*, req. n° 59842/00, § 26. Voir déjà Cour EDH 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, Série A n° 176-A et B, §§ 32-33.

Pour plus de détails, voir M.-A. Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, LGDJ 2011, pp. 259-288 ; R. Koering-Joulin, « De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt *Kruslin* et de ses suites) », *Rec. Dalloz* du 26 juillet 1990, pp. 187-189.

A. RAPPELER SOLENNELLEMENT LE DROIT A LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

25. Le projet de loi prévoit d'intégrer dans le code de la sécurité intérieure un article L. 811-1 ainsi rédigé : « *Le respect de la vie privée, dans toutes ses composantes, notamment le secret des correspondances et l'inviolabilité du domicile, sont garantis par la loi. Il ne peut y être porté atteinte que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi, dans les limites fixées par celle-ci et dans le respect du principe de proportionnalité* ». La CNCDH ne peut que saluer ce rappel du droit au respect de la vie privée dans le code de la sécurité intérieure. Ces nouvelles dispositions, de par leur présence dans ce code, remplissent indéniablement une fonction symbolique et pédagogique forte. Néanmoins, il s'impose également de rappeler le droit à la protection des données personnelles¹⁵⁸. Celui-ci est certes une composante essentielle du droit au respect de la vie privée¹⁵⁹, mais il va bien au-delà de ce dernier droit (article 8 de la Charte des droits fondamentaux). A ce propos, la CNCDH rappelle que le traitement des données à caractère personnel collectées dans le cadre de la mise en œuvre des techniques de renseignement doit être, en vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, loyal (article 8 paragraphe 2) et soumis au contrôle d'une autorité indépendante (article 8 paragraphe 3). Il relève plus précisément de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*. En conséquence, la CNCDH appelle les pouvoirs publics à accorder une extrême attention aux avis et recommandations de la CNIL afin de garantir le respect le plus strict des dispositions de la loi précitée.

B. REVOIR LES MOTIFS D'INTERET PUBLIC AUTORISANT LE RECOURS AUX TECHNIQUES DE RENSEIGNEMENT

26. Le nouvel article L. 811-3 du CSI énumère limitativement les motifs d'intérêt public pour lesquels peut être autorisé le recueil du renseignement¹⁶⁰. En l'absence de définition précise et restrictive de ces motifs, le champ du recours aux techniques de renseignement s'avère potentiellement illimité, alors qu'il doit impérativement demeurer exceptionnel¹⁶¹.

¹⁵⁸ Dans ce sens CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, *op. cit.*, p. 3 ; Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique (Assemblée nationale), *op. cit.*, § 2.

¹⁵⁹ Cour EDH 26 mars 1987, *Lander c. Suède*, Série A n° 116, § 48 à propos d'un fichier secret de la police utilisé en cas de candidature d'une personne à un emploi important pour la sécurité nationale. La Cour juge que la mémorisation ou la communication de données à caractère personnel constituent une atteinte au droit au respect de la vie privée (article 8 de la CESDH).

Pour plus de détails, voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF 2012, n° 296, pp. 531-533.

¹⁶⁰ Article L. 811-3 nouveau du CSI : « *Les services spécialisés de renseignement peuvent, dans l'exercice de leurs missions, recourir aux techniques mentionnées au titre V du présent livre pour le recueil des renseignements relatifs à la défense et à la promotion des intérêts publics suivants :*

1° *L'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la défense nationale ;*

2° *Les intérêts majeurs de la politique étrangère et la prévention de toute forme d'ingérence étrangère ;*

3° *Les intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France ;*

4° *La prévention du terrorisme ;*

5° *La prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions, des violences collectives de nature à porter atteinte à la sécurité nationale ou de la reconstitution ou d'actions tendant au maintien de groupements dissous en application de l'article L. 212-1 ;*

6° *La prévention de la criminalité et de la délinquance organisées ;*

7° *(Supprimé)*

8° *(nouveau) La prévention de la prolifération des armes de destruction massive ».*

¹⁶¹ Dans ce sens CNCIS, 22^{ème} rapport d'activité, *op. cit.*, p. 124.

A ce propos, il convient de relever le caractère particulièrement flou de la notion « *d'intérêts majeurs de la politique étrangère* »¹⁶². Il en est de même de la référence aux « *intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs de la France* ».

27. Parmi ces motifs figure également « *la prévention de la criminalité et de la délinquance organisée* » (article L. 811-3, 6° nouveau du CSI)¹⁶³. Celles-ci reposent sur la notion extrêmement floue de « bande organisée » - critiquée par la CNCDH¹⁶⁴ et par la doctrine la plus autorisée¹⁶⁵ - tant sur le plan juridique que sur le plan criminologique. De plus, le régime de la criminalité et de la délinquance organisée est tentaculaire car la liste des infractions qui en relève est vaste, fluctuante et peu cohérente (voir les articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale)¹⁶⁶. En définitive, ces articles ne définissent pas un comportement incriminé, mais désignent un inventaire d'infractions dont le seul point commun est d'être commises en bande organisée sans que l'on sache exactement ce qu'est une bande organisée¹⁶⁷. Dans ces conditions, l'exigence de clarté et de précision de la loi n'est pas remplie. La CNCDH recommande donc la suppression des nouvelles dispositions.
28. Aux termes du projet de loi adopté en Conseil des ministres, un autre motif résidait dans « *la prévention des violences collectives de nature à porter gravement atteinte à la paix publique* » (article L. 811-3, 7° du CSI). Lors de son audition du 25 mars 2015, la CNCDH a exprimé ses plus vives réserves à l'endroit de ce texte. En raison du caractère extrêmement vague de la formulation retenue, la CNCDH a craint que ces nouvelles dispositions ne conduisent en pratique à une surveillance systématique et généralisée des mouvements sociaux. Elle a affirmé y voir une atteinte disproportionnée au droit de manifester (article 11 de la CESDH), ainsi qu'une violation des exigences de clarté et de précision de la loi. Par conséquent, la CNCDH ne peut qu'approuver la suppression de ce motif d'intérêt général par la Commission des lois. Elle est cependant totalement opposée à l'introduction dans le code de la sécurité intérieure d'un motif d'intérêt général relatif à « *la prévention des atteintes à la forme républicaine des institutions* » ou des « *violences collectives de nature à porter atteinte à la sécurité nationale* ». Cette rédaction imprécise

Voir également B. Warusfel, « Pour un approfondissement du cadre juridique des interception de sécurité », in : CNCIS, 21^{ème} rapport d'activité. Années 2012-2013, La documentation française 2014, pp. 20-21, qui propose une définition précise des motifs légaux resserrée autour de la notion de « sécurité intérieure ».

¹⁶² Dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM sur le projet de loi relatif au renseignement*, Paris le 26 mars 2015, p. 7.

¹⁶³ Remarquons que la CNCIS procède, à ce jour, à un contrôle très strict du recours à ce motif légal. Elle le réserve à des agissements d'une gravité certaine, souvent tendus par la recherche d'un avantage financier ou matériel et menés par de véritables structures organisées composées de plus de deux acteurs, participant d'une entente préalable caractérisant une préméditation criminelle et écartant de ce fait la commission fortuite d'une infraction à la faveur de la circonstance aggravante de réunion (CNCIS, 22^{ème} rapport d'activité, *op. cit.* p. 121).

¹⁶⁴ CNCDH 27 mars 2003, *Avis sur l'avant-projet portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

¹⁶⁵ Voir B. de Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Rec. Dalloz* 2004, pp. 1912-1913 ; B. De Lamy, « L'avancée de la conception matérielle de la légalité criminelle », *Rec. Dalloz* 2004, p. 2756 ; C. Lazerges, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle. A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *RSC* 2004, p. 725.

¹⁶⁶ B. de Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Rec. Dalloz* 2004, pp. 1912-1913.

¹⁶⁷ C. Lazerges, « La dérive de la procédure pénale », *RSC* 2003, p. 644.

Article 132-71 du code pénal : « *Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* ».

encourt les mêmes griefs que ceux exposés à l'encontre du motif supprimé et permettra d'aboutir au même résultat, à savoir la surveillance massive des mouvements sociaux. La CNCDH recommande en conséquence la suppression des nouvelles dispositions.

C. AFFIRMER CLAIREMENT LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

29. Le Conseil d'Etat, se fondant sur le principe de proportionnalité, a certes estimé qu'aux termes du projet de loi, le recours à l'utilisation d'une technique de surveillance a lieu si et seulement si les renseignements ne peuvent être recueillis par d'autres moyens¹⁶⁸. Mais il convient néanmoins de relever que cela n'est prévu que dans des règles spéciales¹⁶⁹. Le projet de loi ne contient malheureusement aucune disposition générale consacrant un principe de subsidiarité, en vertu duquel les mesures les plus intrusives ne doivent être mises en œuvre, qu'à défaut d'efficacité de mesures moins intrusives dont l'utilisation permet de produire un résultat équivalent. La CNCDH recommande instamment une amélioration du projet de loi sur ce point.

D. ENCADRER LE REGIME DE LA SURVEILLANCE INTERNATIONALE

30. Un nouvel article L. 854-1 du CSI régleme les mesures de surveillance internationale dans le cadre d'un régime dérogatoire qui ne prévoit qu'une autorisation du Premier ministre sans avis préalable de la CNCTR dont le contrôle *a posteriori* se cantonne à la formulation d'observations ou de recommandations. S'agissant des techniques de renseignement destinées à être utilisées, la version du texte adoptée en Conseil des ministres évoquait successivement « *la surveillance et le contrôle des transmissions qui sont émises ou reçues à l'étranger* » (alinéa 1^{er}) puis « *l'interception des communications concernées et l'exploitation ultérieure des correspondances* » (alinéa 2). Lors de son audition du 25 mars dernier, la CNCDH a attiré l'attention du rapporteur sur le défaut de clarté de cette rédaction. La Commission des lois a modifié ces dispositions qui précisent dorénavant que la mesure est destinée à la surveillance et au contrôle des communications émises ou reçues à l'étranger. La CNCDH ne peut que saluer cette amélioration.

31. Quant à la procédure relative à la surveillance internationale, il n'a cependant pas été mis fin au caractère peu explicite du nouvel article L. 854-1 du CSI¹⁷⁰. L'*Etude d'impact* n'apporte au demeurant que peu d'informations à ce sujet¹⁷¹ et il est renvoyé à un décret en Conseil d'Etat non publié (pris après avis de la CNCTR) pour fixer, « *en tant que besoin* » les modalités concrètes de mise en œuvre de la mesure et du contrôle des communications. En raison de ces imprécisions, il y a lieu de craindre que les techniques de renseignement mises en œuvre dans le cadre de la surveillance internationale ne soient dépourvues de base légale, en violation de l'article 8 de la CESDH.

¹⁶⁸ Conseil d'Etat, Assemblée générale, session du 12 mars 2015, *Extrait du registre des délibérations. Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, n° 389.754, § 7.

¹⁶⁹ Seules des dispositions relatives à des techniques de renseignement spécifiques conditionnent le recours à celles-ci au fait que « *les renseignements ne peuvent être recueillis par un autre moyen légalement autorisé* » (voir les articles L. 853-1 et L. 853-2 nouveaux du CSI).

¹⁷⁰ Dans ce sens CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷¹ *Etude d'impact*, p. 68, qui évoque un régime spécifique aux interceptions de communications électroniques émises ou reçues à l'étranger.

E. ENCADRER LE RECUEIL DES DONNEES INFORMATIQUES

32. Un nouvel article L. 853-1 du CSI permet « *la captation, la transmission et l'enregistrement de données informatiques transitant par un système automatisé de données ou contenues dans un tel système* ». A ce propos, la CNCDH relève que la nature exacte des données informatiques visées par ces nouvelles dispositions, ainsi que les dispositifs techniques destinés à être mis en œuvre¹⁷², ne sont pas précisés. Cela nuit à la clarté et à la prévisibilité du texte¹⁷³. Comme précédemment, il est porté atteinte à l'article 8 de la CESDH.

III. GARANTIR UN CONTROLE EFFECTIF DU RENSEIGNEMENT

A. RENFORCER LE RÔLE DE LA COMMISSION NATIONALE DE CONTRÔLE DES TECHNIQUES DE RENSEIGNEMENT

33. Le projet de loi instaure une autorité administrative indépendante (AAI) dénommée « Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement » (CNCTR)¹⁷⁴. Ainsi que le précise très justement le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet de loi, « *dès lors que cette Commission constitue l'une des garanties essentielles entourant la mise en œuvre des techniques de renseignement (...), sa composition, ses missions et ses règles déontologiques doivent être définies de manière à garantir l'effectivité de son contrôle* »¹⁷⁵. En tant que AAI, il va de soi que la CNCTR ne reçoit en cette qualité ni ordre ni instruction d'aucune autorité (article L. 832-1 nouveau du CSI)¹⁷⁶. Il va également de soi que l'indépendance de la Commission doit être garantie dans son fonctionnement, sa composition et les moyens qui lui sont alloués pour mener à bien sa mission. A cet égard, la CNCDH se doit d'exprimer ses plus vives réserves à l'endroit de plusieurs des nouvelles dispositions figurant dans le code de la sécurité intérieure sous un Livre VIII. / Titre III. consacré à la CNCTR.

1° Améliorer la composition de la CNCTR

34. Pour ce qui est de la composition de la CNCTR, un nouvel article L. 831-1 du CSI prévoit d'y faire siéger neuf membres (deux députés, deux sénateurs, deux membres du Conseil d'Etat, deux magistrats de la Cour de cassation et une personnalité qualifiée)¹⁷⁷. Si la

¹⁷² Il peut s'agir notamment de l'enregistrement des frappes de clavier, de copies d'écran, etc.

¹⁷³ Dans ce sens CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015*, op. cit., p. 7.

¹⁷⁴ Voir L. Gautier (dir.), *Le renseignement en France : quelles perspectives ? Etude réalisée par le groupe Orion*, Fondation Jean Jaurès, avril 2012, qui soutient la création d'une AAI en matière de renseignement pour veiller à l'équilibre nécessaire entre les impératifs de sécurité et la garantie des libertés individuelles.

Voir également J.-J. Urvoas, « *Contrôler les services : ode à la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité* », in : CNCIS, *21^{ème} rapport d'activité*, op. cit., pp. 12-16.

¹⁷⁵ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, op. cit., §§ 6 et 9.

¹⁷⁶ Article L. 832-1 nouveau du CSI : « *Dans l'exercice de leurs attributions les membres de la commission ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité* ».

¹⁷⁷ Article L. 831-1 nouveau du CSI : « *La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement est une autorité administrative indépendante.*

Elle est composée de neuf membres :

1° Deux députés et deux sénateurs, désignés respectivement pour la durée de la législature par le président de l'Assemblée nationale et après chaque renouvellement partiel du Sénat par le président du Sénat, de manière à assurer une représentation pluraliste du Parlement ;

CNCDH se félicite de la désignation des députés et sénateurs par leurs assemblées respectives, elle regrette qu'aucune validation par les commissions des lois ne soit prévue. En outre et surtout, la composition retenue comprend quatre parlementaires dont la disponibilité ne peut, en raison des contraintes découlant de l'exercice de leur mandat, être garantie. A cet égard, il faut avoir à l'esprit que le dernier alinéa de l'article L. 821-3 du CSI dispose qu'en l'absence d'avis rendu par le président, ou par le membre de la commission désigné par lui, dans le délai de vingt-quatre heures ou, si elle a été saisie, par la commission dans le délai de trois jours ouvrables, l'avis est réputé rendu. Dans ce dernier cas de figure, qui est relatif à l'hypothèse où il existe une incertitude quant à la validité d'une demande de recours à une technique de renseignement, il est à craindre que la CNCTR ne puisse pas toujours se réunir facilement dans les trois jours ouvrables. Pour la CNCDH, les règles de composition de la nouvelle AAI ne garantissent donc pas l'effectivité de la mission de contrôle que la loi lui confère.

35. Par ailleurs, les nouvelles dispositions prévoient que les membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat sont proposés par des chefs de leurs juridictions respectives. En l'état actuel du texte, au demeurant peu explicite, il semblerait que leur désignation soit ensuite réalisée par l'exécutif, avant leur nomination par décret du Premier ministre. Pour la CNCDH, l'indépendance et l'impartialité de la nouvelle AAI ne sont pas garanties dans le nouvel article L. 831-1 du CSI, dès lors que le projet de loi attribue corrélativement au Premier ministre une compétence de principe pour autoriser la mise en œuvre d'une technique de renseignement (article L. 821-4 nouveau du CSI). En conséquence, elle recommande que l'assemblée générale de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat désignent les magistrats, avant leur nomination par décret du Président de la République, comme c'est déjà le cas pour le Président de la CNCTR¹⁷⁸.
36. Au regard de ce qui précède, la CNCDH invite instamment, à l'instar du Conseil d'Etat, à adopter « *une composition resserrée de cinq personnalités indépendantes et disponibles et une présence à temps plein et permettant une présence suffisante parmi les membres de la commission comme au sein de ses services, de personnes possédant les qualifications idoines en matière de réseaux de communication et de protection des données personnelles* »¹⁷⁹. Cette option permet de préserver le secret de la défense nationale (moins les membres en seront nombreux, moins le risque de divulgation d'informations sera élevé) tout en rendant parallèlement le contrôle de la nouvelle AAI pleinement effectif. En raison de la complexité des missions attribuées à la CNCTR, la CNCDH pense qu'il est particulièrement indispensable de recourir au service de magistrats détachés et

2° Deux membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, d'un grade au moins égal à celui de conseiller d'Etat, nommés sur proposition du vice-président du Conseil d'Etat ;

3° Deux magistrats ou anciens magistrats hors hiérarchie de la Cour de cassation, nommés sur proposition conjointe du Premier président et du Procureur général de la Cour de cassation ;

4° Une personnalité qualifiée pour sa connaissance en matière de communications électroniques, nommée sur proposition du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ».

¹⁷⁸ Article L. 831-1 alinéa 7 nouveau du CSI : « Le président de la commission est nommé par décret du président de la République parmi les membres nommés par le vice-président du Conseil d'Etat ou ceux nommés conjointement par le Premier président et le Procureur général de la Cour de cassation ».

¹⁷⁹ Conseil d'Etat, Assemblée générale, Avis sur un projet de loi relatif au renseignement, op. cit., § 9.

de personnes qualifiées disposant d'une expertise technique suffisante et de formations régulières dans ce domaine¹⁸⁰.

2° Garantir le principe de collégialité

37. S'agissant des modalités de délivrance de l'avis rendu par la CNCTR, un nouvel article L. 821-3 alinéa 1^{er} du CSI¹⁸¹ prévoit assez paradoxalement qu'un avis favorable à une demande de mise en œuvre d'une technique de renseignement est rendu par un seul de ses membres. S'il est prévu que ce dernier doit avoir la qualité de magistrat¹⁸², il convient néanmoins de relever que les membres issus du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation n'interviennent pas à la CNCTR dans le cadre de leurs fonctions juridictionnelles. En revanche, lorsque la validité de la demande de mise en œuvre d'une technique de renseignement « *n'est pas certaine* », les nouvelles dispositions exigent la réunion de la CNCTR, qui se prononce à la majorité absolue¹⁸³. Autrement dit, la collégialité est prévue, non pas dans l'hypothèse où un avis favorable à une atteinte au droit au respect de la vie privée est rendu, mais uniquement dans celle où le membre de la CNCTR estime que la licéité de cette atteinte est incertaine.
38. La Commission des lois a organisé une relative symétrie des règles de fonctionnement en complétant l'article L. 821-3 par un deuxième alinéa ainsi rédigé : « *Pour les cas où la commission n'est pas réunie, les autres membres sont informés dans un délai de vingt-quatre heures de l'avis rendu par le président ou par le membre concerné. Si deux membres au moins lui en font la demande, le président réunit la commission, qui statue dans un délai de trois jours ouvrables suivant l'avis initial* ». S'il est désormais possible de revenir sur un avis favorable à la mise en œuvre d'une technique de renseignement rendu par une seule personne, les nouvelles dispositions ne généralisent pas la collégialité au stade de la formulation d'un tel avis favorable.
39. Pour la CNCDH ces nouvelles dispositions, combinées à celles relatives à la composition de la CNCTR (voir *supra*), ne garantissent pas l'apparence d'indépendance et d'impartialité de cette dernière. En conséquence, la CNCDH recommande une symétrie totale des règles de fonctionnement par un recours systématique à la collégialité, ce qui suppose, au préalable, une amélioration des règles de composition de la nouvelle AAI.

¹⁸⁰ Dans ce sens Conseil national du numérique, *op. cit.* : « *La technique aura toujours une avance sur le droit. Si le Code fait la Loi, alors il est crucial de doter les autorités de contrôle de larges pouvoirs d'enquête et d'une expertise technique suffisante* », relève Benoît Thieulin, Président du CNNum.

¹⁸¹ Article L. 821-3 alinéa 1^{er} nouveau du CSI : « *La demande est communiquée au président ou, à défaut, à l'un des membres de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement parmi ceux mentionnés aux 2° et 3° de l'article L. 831-1, qui rend un avis au Premier ministre dans un délai de vingt-quatre heures sauf lorsqu'il estime que la validité de la demande au regard du présent livre n'est pas certaine et qu'il décide de réunir la commission. Celle-ci rend alors son avis dans un délai de trois jours ouvrables* ».

¹⁸² Voir sur ce point Assemblée nationale, *Rapport n° 2697, op. cit.*, pp. 54-55 et 59.

¹⁸³ Article L. 832-3 nouveau du CSI : « *La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement établit son règlement intérieur.*

Elle ne peut valablement délibérer que si au moins quatre membres sont présents. En cas de partage égal des voix, la voix du président est prépondérante ».

3° Renforcer les prérogatives de la CNCTR

40. Pour la CNCDH, il est indéniable que le renforcement des prérogatives de la CNCTR constitue l'une des garanties essentielles entourant le recours aux techniques de renseignement et le contrôle de celles-ci¹⁸⁴. L'*Etude d'impact* souligne dans ce sens que les pouvoirs de la CNCTR « *doivent être élargis pour permettre à cette AAI de constituer un contrepoids efficace au Gouvernement dans l'utilisation des techniques de renseignement* »¹⁸⁵.
41. Pour autant, la CNCDH regrette que la CNCTR ne dispose que d'un pouvoir de recommandation ne liant pas le Premier ministre. Seul un avis préalable et conforme constituerait une véritable garantie¹⁸⁶, d'autant que si le Premier ministre ne donne pas suite aux recommandations de la Commission ou lorsque les suites sont insuffisantes, la CNCTR ne dispose que de la faculté de saisir le Conseil d'Etat après délibération (article L. 821-6 alinéa 3 du CSI¹⁸⁷), c'est-à-dire à la majorité simple¹⁸⁸. Pour la CNCDH, cela montre bien que le pouvoir de décision du Premier ministre est exercé sous le seul contrôle du Conseil d'Etat¹⁸⁹.
42. La CNCDH regrette également que les nouvelles dispositions ne prévoient pas le recueil préalable de l'avis de cette AAI :
- en cas de recours aux mesures de surveillance internationale, dont le contrôle *a posteriori* est limité à la simple formulation de recommandations et d'observations (article L. 854-1 nouveau du CSI) ;
 - en cas « *d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement* », puisque dans ce cas l'autorisation de recourir à une technique de renseignement est donnée par le chef de service ou la personne spécialement déléguée par lui à charge d'en informer « *sans délai et par tout moyen* » le ministre compétent, le Premier ministre et la CNCTR (article L. 821-5 nouveau du CSI¹⁹⁰).

¹⁸⁴ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, *op. cit.*, §§ 6 et 9.

¹⁸⁵ *Etude d'impact*, p. 54.

¹⁸⁶ Dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM sur le projet de loi relatif au renseignement*, *op. cit.*, p. 11. Comp. B. Warusfel, *op. cit.*, p. 21 qui propose de conférer à la CNCIS un pouvoir d'autorisation.

¹⁸⁷ Article L. 821-6 alinéa 3 du CSI : « *Lorsque le Premier ministre ne donne pas suite à ses recommandations ou lorsqu'elle estime que les suites qui y sont données sont insuffisantes, la commission peut décider, après délibération, de saisir la formation de jugement spécialisée mentionnée au titre IV du présent livre* ».

¹⁸⁸ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2697*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁸⁹ Dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM sur le projet de loi relatif au renseignement*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹⁰ Article L. 821-5 nouveau du CSI : « *En cas d'urgence liée à une menace imminente ou à un risque très élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement, et par dérogation aux articles L. 821-1 à L. 821-4, le chef de service ou la personne spécialement déléguée par lui peut autoriser de manière exceptionnelle la mise en œuvre d'une technique de recueil de renseignement mentionnée au titre V du présent livre. Il en informe sans délai et par tout moyen le ministre compétent et le Premier ministre ou l'une des personnes par eux déléguées ainsi que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement qui peut alors agir dans les conditions prévues à l'article L. 821-6.*

Le Premier ministre peut ordonner à tout moment que la mise en œuvre de la technique concernée soit interrompue et les renseignements collectés détruits.

La CNCDH est opposée à cette juxtaposition de régimes juridiques distincts se passant du contrôle préalable de la CNCTR¹⁹¹. Elle exprime ses plus vives inquiétudes à l'égard des nouvelles dispositions qui habilite les services de renseignement à procéder, seuls et pendant 24 heures, à une géolocalisation, à la collecte de données de connexion, à la sonorisation de certains lieux ou véhicules, à la captation d'images et de données informatiques, ou encore à l'interception de communications. La mise en œuvre de ces techniques dépend au demeurant de critères alternatifs extrêmement vagues (l'urgence liée à l'existence d'une menace imminente ou le risque élevé de ne pouvoir effectuer l'opération ultérieurement). Aussi les services de renseignement pourront-ils, dans la majorité des cas, directement recourir à ces mesures sans avis de la CNCTR ni autorisation préalable du Premier ministre et ce, pendant une durée relativement longue. Plus fondamentalement, il convient également de rappeler que, dans un important arrêt, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé qu'il se déduit de l'article 8 de la CESDH « *que la technique dite de géolocalisation constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* »¹⁹². Il en est à plus forte raison de même s'agissant des autres techniques de renseignement énumérées plus haut. Dans ces conditions, la CNCDH affirme sa plus vive opposition aux dispositions contenues dans l'article L. 821-5 du CSI.

43. Enfin, si le contrôle de la CNCTR a toute sa pertinence pour le recours à des techniques ciblées sur des personnes préalablement identifiées, la CNCDH craint que sa portée ne soit très fortement atténuée dans le cadre des techniques de renseignement permettant une surveillance de masse¹⁹³. A cet égard, elle se doit de formuler plusieurs observations.

Premièrement, il n'est pas clairement établi que la CNCTR sera en mesure de faire face au flux des demandes individuelles qui lui seront adressées en vertu des nouveaux articles L. 821-2 et L. 821-3 du CSI, même si en vertu d'un nouvel article L. 832-4 du CSI « *la commission dispose des moyens humains et techniques nécessaires à l'accomplissement de sa mission ainsi que des crédits correspondants, dans des conditions fixées par la loi de finances* ». En effet, l'*Etude d'impact*, qui se contente d'évoquer une augmentation des moyens de l'AAI¹⁹⁴, ne comprend malheureusement aucune analyse détaillée ni aucune projection documentée et chiffrée.

Deuxièmement, le projet de loi et l'*Etude d'impact* sont totalement silencieux sur les modalités du contrôle des technologies employées pour recueillir le renseignement. A titre d'exemple, la CNCDH se demande comment la CNCTR pourra vérifier si l'utilisation du dispositif algorithmique est réalisée conformément aux missions et critères prédéfinis (voir

Le chef de service ou la personne spécialement déléguée par lui fait parvenir, dans un délai maximal de 24 heures, tous les éléments de motivation au Premier ministre ainsi qu'à la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement afin de justifier sa décision.

Le présent article n'est pas applicable lorsque l'introduction prévue à l'article L. 853-2 du présent code concerne un lieu privé à usage d'habitation ou que la mise en œuvre d'une technique de recueil de renseignement porte sur un membre d'une des professions ou sur le titulaire d'un des mandats mentionnés aux articles 56-1, 56-2 et 100-7 du code de procédure pénale ».

¹⁹¹ Voir CNCIS, 22^{ème} rapport d'activité, *op. cit.*, pp. 103-104, qui plaide pour une unification du cadre légal du recueil des renseignements.

¹⁹² Cass. crim. 22 octobre 2013, n° 13-81945. Voir également Cass. crim 22 novembre 2011, n° 11-84.308 ; Cass. crim. 6 janvier 2015, n° 14-84.822.

¹⁹³ Dans ce sens voir également CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015, op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁴ *Etude d'impact*, p. 56.

le nouvel article L. 851-4 alinéa 3 du CSI¹⁹⁵). La composition de l'AAI retenue dans le projet de loi ne lui permettra pas de mener à bien cette mission.

Troisièmement, la CNCDH estime que les moyens de recueil du renseignement devront être confiés à un service technique neutre qui n'est pas en charge de l'exploitation du renseignement¹⁹⁶. L'efficacité du contrôle de la CNCTR en dépend.

Quatrièmement, des dispositions spéciales (voir les articles L. 851-5 et L. 852-1 du CSI examinés plus haut) donnent compétence au Premier ministre pour procéder à la centralisation des données de connexion et à celle des correspondances interceptées. Pour la CNCDH, il aurait été préférable qu'une disposition générale prévoie cela pour chaque catégorie de données collectées, l'actuelle rédaction de l'article L. 822-1 du CSI étant insuffisamment explicite¹⁹⁷. En effet, il ne faudrait pas que cette centralisation soit exclue en dehors des cas prévus par les textes spécifiques. De plus et surtout, il est regrettable que *l'Exposé des motifs* et *l'Etude d'impact* passent sous silence la question cruciale des modalités concrètes de la centralisation des données brutes, notamment le lieu de leur stockage qui doit impérativement être un lieu neutre. Pourtant, de l'organisation de cette centralisation dépendra l'organisation d'un contrôle effectif du respect du cadre légal¹⁹⁸.

Cinquièmement, si la CNCTR se voit reconnaître un droit d'accès permanent aux renseignements collectés (article L. 833-2, 2° nouveau du CSI)¹⁹⁹, les nouvelles dispositions doivent, pour la CNCDH, être interprétées dans le sens d'un accès permanent aux données brutes collectées²⁰⁰. Cela étant, ni le projet de loi ni *l'Etude d'impact* n'explicitent les modalités concrètes de l'accès de la CNCTR à ces données brutes. Au vu de leur masse, seul un accès certes permanent, mais encore généralisé et immédiat, lui permettrait de mener à bien sa mission de contrôle.

Sixièmement, toujours en raison de l'importance quantitative des données susceptibles d'être collectées, il apparaît indispensable de fixer des critères de pertinence (et de non pertinence) de celles-ci. A défaut, on peut légitimement douter que la CNCTR soit facilement en mesure de déterminer rapidement si les données qui lui sont remises sont pertinentes ou pas. La Commission ne pourra pas plus contrôler si les données sans lien avec la mission de renseignement ont été détruites conformément aux dispositions des articles L. 851-5 et L. 852-1 du CSI. Dans ces conditions, la CNCDH craint que l'AAI ne puisse remplir efficacement et promptement sa mission de contrôle.

¹⁹⁵ Article L. 851-4 alinéa 3 nouveau du CSI : « La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement émet un avis sur le dispositif et les critères des traitements automatisés mentionnés au premier alinéa du présent article. Elle dispose d'un accès permanent à ceux-ci, est informée de toute modification apportée et peut émettre des recommandations. Lorsqu'elle estime que les suites données à ses avis ou à ses recommandations sont insuffisantes, elle peut faire application de l'article L. 821-6 ».

¹⁹⁶ CNCIS, 22^{ème} rapport d'activité, *op. cit.*, p. 88, qui précise utilement à propos du GIC qu'il offre une séparation claire et précise entre l'autorité qui demande la réalisation d'une interception, l'autorité de contrôle et l'autorité de décision (le Premier ministre).

¹⁹⁷ Cet article dispose que le Premier ministre définit « les modalités de la centralisation des renseignements », sans préciser s'il s'agit des données brutes collectées, des transcriptions ou des analyses.

¹⁹⁸ Conseil d'Etat, Assemblée générale, *Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, *op. cit.*, § 6.

¹⁹⁹ Article L. 833-2, 2° du CSI : « Les ministres, les autorités publiques, les agents publics prennent toutes mesures utiles pour faciliter l'action de la commission. Pour l'accomplissement de sa mission, la commission : (...) 2° Dispose d'un accès permanent aux relevés, registres, renseignements collectés, transcriptions et extractions mentionnés au présent livre ».

²⁰⁰ La version du projet de loi adoptée en Conseil des ministres évoquait explicitement un droit d'accès aux « données collectées ».

44. Au regard de ce qui précède, le contrôle de la nouvelle AAI risque fortement de ne pas être effectif. La CNCDH estime que les nouvelles dispositions, faute d'organiser un contrôle suffisant des techniques de renseignement, sont susceptibles de porter une atteinte grave à l'article 8 de la CESDH.

B. REDUIRE LES DUREES DE CONSERVATION DES DONNEES ET RENSEIGNEMENTS COLLECTES

45. Un nouvel article L. 822-2 du CSI fixe les durées maximales de conservation des données collectées²⁰¹. S'agissant des interceptions de sécurité, le nouvel article L. 822-1 du CSI fait passer de 10 jours à potentiellement un an le délai de conservation des correspondances enregistrées²⁰². En l'état actuel du texte, la brièveté du délai impose la transcription rapide de celles-ci, afin que la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) puisse immédiatement remplir sa mission de contrôle, en confrontant le contenu des enregistrements à celui de leur transcription. Du fait de l'augmentation du délai prévue par le projet de loi, des enregistrements pourront demeurer de nombreux mois sans transcription, ce qui entraîne un risque non négligeable de déperdition, voire de divulgation du renseignement. Cet allongement du délai aura surtout pour conséquence fâcheuse de retarder le contrôle de la nouvelle CNCTR et de le rendre ainsi quasiment inefficace. En pratique, des personnes pourraient être surveillées pendant de nombreuses heures, sans que cela soit justifié au regard des dispositions du code de la sécurité intérieure et sans que la nouvelle Commission puisse recommander promptement qu'il soit mis fin, tout aussi promptement, à l'interception. Par voie de conséquence, les nouvelles dispositions sont de nature à porter une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée garanti à l'article 8 de la CESDH. La CNCDH recommande instamment le maintien à 10 jours de la durée de conservation des correspondances enregistrées²⁰³.

46. Le même article L. 822-2 du CSI fait passer de 3 à 5 ans la durée maximale de conservation des données de connexion. L'*Etude d'impact* est totalement silencieuse sur les raisons de cette modification, alors pourtant que la Cour de justice de l'Union européenne exige que des critères objectifs soient établis afin de garantir que la durée de conservation soit limitée au strict nécessaire²⁰⁴. A cela s'ajoute qu'au-delà du risque de déperdition et de divulgation inhérent à cette longue durée de conservation, il est indéniable que celle-ci pose problème au vu de la sensibilité des données concernées, notamment du fait de leur

²⁰¹ Article L. 822-2 du CSI : « I. - Les données collectées dans le cadre de la mise en œuvre d'une technique de renseignement autorisée en application du présent livre sont détruites à l'issue d'une durée fixée pour la technique utilisée par décret en Conseil d'État, dans la limite de douze mois ou, pour les données de connexion, de cinq ans à compter de leur recueil.

En cas de stricte nécessité et pour les seuls besoins de l'analyse technique, ceux des renseignements collectés qui contiennent des éléments de cyberattaque ou qui sont chiffrés, ainsi que les renseignements déchiffrés associés à ces derniers, peuvent être conservés au-delà de la durée mentionnée au premier alinéa du présent I, à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes concernées.

II et III. - (Supprimés)

IV (nouveau). - Par dérogation aux I et II, les données qui concernent une affaire dont le Conseil d'État a été saisi ne peuvent être détruites. À l'expiration des délais prévus, elles sont conservées pour les seuls besoins du Conseil d'État ».

²⁰² A cet égard, il doit être relevé que la version du projet de loi adoptée en Conseil des ministres faisait passer de 10 jours à un mois le délai de conservation des correspondances enregistrées.

²⁰³ Dans ce sens voir déjà CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, op. cit. § 30.

²⁰⁴ CJUE (Grande chambre) 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources & autres*, op. cit., § 64.

collecte systématique, indifférenciée et généralisée²⁰⁵. La CNCDH y voit un risque non négligeable de violation du droit au respect de la vie privée et recommande en conséquence un abaissement de la durée de conservation des données de connexion.

47. Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article L. 822-2 du CSI dispose : « *En cas de stricte nécessité, pour les seuls besoins de l'analyse technique, ceux des renseignements collectés qui contiennent des éléments de cyberattaque ou qui sont chiffrés, ainsi que les données déchiffrées associées à ces dernières, peuvent être conservés au-delà de la durée mentionnée au premier alinéa du présent I, à l'exclusion de toute utilisation pour la surveillance des personnes concernées* ». Ces nouvelles dispositions ne fixent aucun critère précis justifiant l'allongement du délai ni aucune durée maximale de conservation. Une atteinte disproportionnée est portée à l'article 8 de la CESDH du fait de l'imprécision manifeste de la loi.

48. Enfin, ni le projet de loi ni *l'Etude d'impact* n'abordent la question pourtant essentielle du sort des données se révélant inutiles pour la mission de renseignement. En effet, les exigences découlant du droit au respect de la vie privée imposent que soit réalisé un tri entre les données pertinentes et celles qui ne le sont pas. La CNCDH recommande d'initier une réflexion dans ce sens, afin de réglementer la destruction des données inutiles.

C. RENFORCER LE PRINCIPE DE SINCERITE

49. Le nouvel article L. 822-1 du CSI dispose dans un alinéa second que les services de renseignement établissent - sous l'autorité du Premier ministre et dans les conditions définies par lui - un relevé qui mentionne la date de mise en œuvre de la technique de renseignement, celle de son achèvement, celle de sa première exploitation, ainsi que la nature des renseignements collectés. Ce relevé est tenu à la disposition de la CNCTR qui peut y accéder à tout moment.

Si la CNCDH estime que les services de renseignement agissent en principe avec sincérité, elle relève néanmoins que les nouvelles dispositions ne garantissent pas que les relevés tenus à la disposition de la CNCTR épuisent l'activité réelle de ces services²⁰⁶. De plus, rien n'est prévu s'agissant de la mention du contenu précis des données collectées, la référence à la « *nature des renseignements collectés* » étant extrêmement vague. En l'état actuel du projet de loi, la CNCDH craint que le contrôle que la CNCTR doit effectuer sur les relevés ne soit pas effectif. Elle recommande en conséquence une amélioration des nouvelles dispositions.

D. GARANTIR LE DROIT A UN RECOURS EFFECTIF ET LE DROIT A UN PROCES EQUITABLE

50. Le projet de loi ne consacre pas un régime d'autorisation et de contrôle préalable du juge judiciaire, mais un contrôle contentieux *a posteriori* du Conseil d'Etat. En effet, les nouveaux articles L. 773-1 et suivants du CSI prévoient un recours juridictionnel pouvant être exercé directement devant le Conseil d'Etat soit par la CNCTR (articles L. 821-6, L.

²⁰⁵ Dans ce sens CNIL, *Délibération n° 2015-078 du 5 mars 2015, op. cit.*, p. 6.

²⁰⁶ Dans ce sens Syndicat de la Magistrature, *Observations sur le projet de loi « relatif au renseignement » présenté en Conseil des ministres*, Paris le 1^{er} avril 2015, p. 17.

841-1 et L. 853-2 nouveaux du CSI), soit par un particulier après réclamation préalable devant cette AAI (articles L. 833-3 et L. 841-1 nouveaux du CSI).

51. Il a déjà été précisé que la CNCTR ne peut saisir le Conseil d'Etat qu'après « *délibération* », c'est-à-dire à la majorité simple. Le dernier alinéa du nouvel article L. 853-2 du CSI prévoit cependant une saisine par deux membres de la CNCTR, lorsqu'ils estiment qu'une introduction dans un véhicule, un lieu privé ou un système informatique est irrégulière. Ce régime simplifié s'explique par l'ampleur de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée²⁰⁷. Pour la CNCDH, il convient de faciliter l'exercice de cette voie de droit dans toutes les hypothèses de recours à une technique de renseignement. A défaut, l'effectivité du recours ne sera pas garantie. De plus, en l'état actuel du projet de loi, il n'est pas certain que la CNCTR puisse saisir le Conseil d'Etat aux fins de destruction des données brutes collectées²⁰⁸, même si la Commission des lois s'est clairement prononcée dans ce sens²⁰⁹. Une amélioration du projet de loi est donc souhaitable.
52. Quant à la recevabilité du recours formé par un particulier, celui-ci doit justifier d'un « *intérêt direct et personnel* ». Cette condition est extrêmement contraignante, dès lors que la mise en œuvre des techniques de renseignement est nécessairement secrète et invisible pour les personnes qui en font l'objet. Dans la plupart des cas, le requérant ne pourra faire état que d'indices voire d'impressions²¹⁰, ne suffisant pas à qualifier un tel intérêt direct et personnel. Le droit au recours effectif n'est donc pas garanti.
53. Par ailleurs, le nouvel article L. 773-7 du code de justice administrative est ainsi rédigé : « *Lorsque la formation de jugement constate qu'une technique de renseignement est ou a été mise en œuvre ou exploitée illégalement, elle peut (souligné par nous) annuler l'autorisation et ordonner, s'il y a lieu, la destruction des renseignements illégalement collectés* ». Le plus strict respect des droits et libertés fondamentaux commande la destruction obligatoire des données collectées, des transcriptions et des analyses réalisées par les services de renseignement. A défaut, le recours devant le Conseil d'Etat est totalement illusoire. La CNCDH recommande instamment une amélioration du projet de loi.
54. Enfin, si la CNCDH est suffisamment réaliste pour comprendre la nécessité de la préservation du secret de la défense nationale, elle s'inquiète néanmoins des limitations apportées par les nouvelles dispositions aux principes du contradictoire et de la publicité des audiences, ainsi qu'à l'exigence de motivation. Par exemple, s'agissant des limitations au principe du contradictoire le nouvel article L. 773-3 du code de justice administrative²¹¹ est formulé de manière extrêmement vague. En n'énumérant pas les dérogations pouvant être apportées à ce principe essentiel²¹², il permet, en pratique, de le réduire à néant.

²⁰⁷ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2897, op. cit.*, pp. 65-66.

²⁰⁸ Le nouvel article L. 821-6 auquel renvoie le nouvel article L. 841-1 évoque la « *destruction du renseignement collecté* » et non directement celle des données brutes collectées.

²⁰⁹ Assemblée nationale, *Rapport n° 2697, op. cit.*, pp. 55 et 60.

²¹⁰ Dans ce sens Syndicat de la Magistrature, *Observations sur le projet de loi « relatif au renseignement »*, *op. cit.*, p. 18.

²¹¹ Article L. 773-3 nouveau du code de justice administrative : « *Les exigences de la contradiction mentionnées à l'article L. 5 sont adaptées à celles du secret de la défense nationale* ».

²¹² Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM sur le projet de loi relatif au renseignement, op. cit.*, p.19.

Plus généralement, la CNCDH appelle les pouvoirs publics à accorder une extrême attention aux recommandations du Défenseur des droits, qu'elle partage entièrement, relatives au respect du droit à un procès équitable formulées dans son avis n° 15-04 du 2 avril 2015²¹³.

IV. GARANTIR LE RESPECT DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

55. L'article 16 de la DDHC dispose : « *Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». A cet égard, plusieurs dispositions du projet de loi relatives à la mise en œuvre des techniques de recueil du renseignement sont de nature à brouiller la distinction classique entre police administrative et police judiciaire²¹⁴. Elles font clairement basculer dans le champ de la police administrative des mesures normalement répressives et qui, à ce titre, devraient être assorties de toutes les garanties entourant la procédure pénale²¹⁵. Deux d'entre elles le font clairement apparaître.

56. Le nouvel article L. 851-4 du CSI prévoit que le repérage d'une succession de données suspectes de connexion est « *destiné à détecter (...) une menace terroriste* ». Quant à l'article L. 851-3 nouveau du CSI, il permet également à l'administration, pour les seuls besoins de la prévention du terrorisme, d'autoriser le recueil des données de connexion « *de personnes préalablement identifiées comme présentant une menace* ». Le caractère vague de cette formulation (*voir supra*) rend possible la mise en œuvre de la mesure à l'encontre de personnes soupçonnées d'entreprise individuelle terroriste (article 421-2-6 du code pénal) ou d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste (article 421-2-1 du code pénal). En punissant un comportement très en amont de l'infraction pénale redoutée (la commission d'un crime terroriste) ces deux incriminations s'appuient nécessairement sur un élément matériel et un élément moral équivoques²¹⁶. Dans la mesure où des conduites fort imprécises - car temporellement et matériellement très éloignées du commencement d'exécution de l'infraction terroriste (la préparation de la préparation) - peuvent justifier l'engagement de poursuites pénales, l'opération dite de prévention est menée à des fins répressives²¹⁷. Elle relève donc de la police judiciaire. Ainsi, les éléments constitutifs d'une menace au sens de l'article L. 851-2-1 précité peuvent-ils caractériser, en même temps, une suspicion de commission des infractions d'entreprise individuelle terroriste ou d'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste. Cette dilution de la prévention dans la répression²¹⁸ vaut pour toutes

²¹³ DDD 2 avril 2015, *Avis n° 15-04*, pp. 9-11.

²¹⁴ Voir M.-A Granger, *op. cit.*, pp. 203-211, qui établit un constat identique en évoquant le caractère artificiel du rattachement de la prévention des infractions à la police administrative.

Comp. Assemblée nationale, *Rapport n° 2697, op. cit.*, pp. 44-45, qui précise que le projet de loi relatif au renseignement n'est pas un texte de police judiciaire.

²¹⁵ Sur le développement des mesures préventives liberticides et l'apparition d'une « *prévention punitive* », voir B. E. Harcourt, « Preventing Injustice », *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz 2014, p. 633 et s.

²¹⁶ Pour plus de détails s'agissant de l'infraction d'entreprise individuelle terroriste, voir CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, op. cit.* §§ 13-17.

²¹⁷ Voir dans le même sens M.-A. Granger, *op. cit.*, pp. 206-207 et 210.

²¹⁸ Comp. S. Vuelta-Simon, « La prise en compte du champ du renseignement par la justice, dans la lutte contre le terrorisme et le crime organisé », in : F. Debove et O. Renaudie (dir.), *Sécurité intérieure. Les nouveaux défis*, Vuibert 2013, p. 37, qui estime qu'en « *matière de terrorisme et de crime organisé on est passé d'une enquête réactive à une enquête proactive : il faut anticiper la commission de l'infraction ou*

les techniques de renseignement mises en œuvre en matière de terrorisme. Ainsi, leur utilisation conduira en pratique à réunir des preuves d'infractions déjà commises²¹⁹.

57. Au regard de ce qui précède, on ne peut considérer que ces techniques de renseignement réglementées dans le projet de loi sont des mesures de police purement administrative ayant pour unique objet de prévenir la commission d'actes terroristes²²⁰. Les nouvelles dispositions relèvent indéniablement du domaine de la police judiciaire dont la direction et le contrôle doivent, comme le précise le Conseil constitutionnel, être dévolus à l'autorité judiciaire, seule compétente pour la poursuite et la répression des infractions²²¹.

58. A cela s'ajoute que, comme cela a déjà été relevé, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'il se déduit de l'article 8 de la CESDH « *que la technique dite de géolocalisation constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge* »²²². Il en est, à plus forte raison, de même des autres techniques de recueil du renseignement abordées dans le projet de loi, dès lors qu'elles sont plus intrusives encore que la géolocalisation, à savoir :

- les interceptions de sécurité ;
- le recueil des données de connexion ;
- la surveillance internationale ;
- la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement des paroles ou images d'une personne dans un lieu privé²²³ ;
- la captation, la transmission et l'enregistrement des données informatiques²²⁴ ;
- l'introduction dans un véhicule ou dans un lieu privé aux fins de mettre en place, d'utiliser ou de retirer un dispositif de surveillance²²⁵ ;
- l'intrusion dans un système informatique²²⁶.

Aussi, la CNCDH a-t-elle des motifs sérieux de s'inquiéter de l'éviction du juge découlant des dispositions du projet de loi dans un domaine aussi sensible pour les droits et libertés fondamentaux que celui du renseignement, dont les modalités de recueil sont concentrées entre les mains de l'exécutif. Elle ne peut, une fois de plus, que déplorer l'absence de limite claire déterminant à quel moment et selon quels critères le régime du renseignement relevant de la police administrative doit céder la place à une enquête judiciaire, avec les garanties procédurales qu'elle comporte pour ceux qui en font l'objet²²⁷. Pour cette raison, la CNCDH craint fortement que le juge judiciaire ne demeure

détecter des infractions commises, mais non encore connues. Par conséquent, le renseignement est de moins en moins dissociable du renseignement judiciaire et c'est dans cette perspective que les deux mondes entrent en symbiose ».

²¹⁹ Voir dans ce sens M.-A. Granger, *op. cit.*, p. 210.

²²⁰ Le Conseil constitutionnel a clairement jugé que les mesures de police administrative n'ont pas à être autorisées par l'autorité judiciaire (Cons. const. 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charles Ltd*, n° 2013-357 QPC, à propos de la visite des navires par les agents des douanes).

²²¹ Voir Cons. const. 19 janvier 2006, n° 2005-532 DC.

²²² Cass. crim. 22 octobre 2013, n° 13-81945. Voir également Cass. crim. 22 novembre 2011, n° 11-84.308 ; Cass. crim. 6 janvier 2015, n° 14-84.822.

²²³ Voir le nouvel article L. 853-1 alinéa 1^{er}, 1° du CSI.

²²⁴ Voir le nouvel article L. 853-1 alinéa 1^{er}, 2° du CSI.

²²⁵ Voir le nouvel article L. 853-2 alinéa 1^{er}, 1° du CSI.

²²⁶ Voir le nouvel article L. 853-2 alinéa 1^{er}, 2° du CSI.

²²⁷ Observatoire des libertés et du numérique, *Communiqué. Loi renseignement : Tous surveillés*, Paris le 24 mars 2015 ; Syndicat de la Magistrature, *op. cit.*, pp. 6-7.

à l'écart d'investigations portant sur des suspicions de délits ou de crimes, investigations dont la direction et le contrôle sont constitutionnellement dévolus à l'autorité judiciaire²²⁸.

59. Au vu de l'ensemble de ces éléments, la CNCDH estime qu'il est porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

EN CONCLUSION,

60. La CNCDH souhaite, qu'au cours de la navette parlementaire, les amendements du Gouvernement et du Parlement permettent de renforcer la garantie des libertés publiques et des droits fondamentaux.

²²⁸ *Ibid.*

Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet

Assemblée plénière du 12 février 2015

(Adoption à l'unanimité)

1. En 2004, la CNCDH a consacré un chapitre important de son rapport annuel sur la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, à la question spécifique de l'internet²²⁹. Elle attachait une importance toute particulière au combat contre les discours de haine afin de préserver la cohésion sociale et la paix civile. Dix ans plus tard, la prolifération des contenus haineux sur la toile, qui se nourrissent régulièrement des tensions sociales et de la crise de la citoyenneté²³⁰, devient un phénomène très inquiétant. Elle constitue le terreau de conflits croissants entre groupes et communautés remettant en cause le « vivre ensemble » démocratique. Les discours de haine ne sont pas que des discours, ils peuvent provoquer la violence, même la plus extrême, comme l'ont montré les crimes terroristes des 7 au 9 janvier 2015 à Paris, inspirés par une propagande de mort et de haine largement présente sur le web.
2. Cette prolifération pose la question de l'efficacité des politiques et moyens mis en œuvre et, plus généralement, celle de l'effectivité des dispositifs juridiques existants, spécialement de l'arsenal répressif. Pour la CNCDH, cette situation préoccupante impose de réaliser au plus vite un nouvel état des lieux pour définir des nouvelles stratégies de lutte²³¹. Un groupe de travail a ainsi été constitué en septembre 2014. Il a procédé à de nombreuses auditions²³², dont certaines ont d'emblée mis en évidence le caractère inadapté et surtout incomplet de la thématique de la réflexion portant initialement sur « *la lutte contre les discours racistes, antisémites et xénophobes sur internet* »²³³. C'est pourquoi, la CNCDH estime préférable de retenir l'expression « discours de haine », même s'il n'en existe aucune définition universellement admise²³⁴. Celui-ci doit être envisagé

²²⁹ CNCDH, *Rapport 2004. La lutte contre le racisme et la xénophobie. Le racisme et l'antisémitisme sur internet*, La documentation française 2005, p. 239 et s. Voir déjà CNCDH 14 novembre 1996, *Avis portant sur le réseau Internet et les Droits de l'Homme*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

²³⁰ Voir I. Falque-Pierrotin, *Rapport au Premier Ministre. Lutter contre le racisme sur internet*, Paris 2010 ; M. Knobel, *L'internet de la haine. Racistes, antisémites, néonazis, intégristes, islamistes, terroristes et homophobes à l'assaut du web*, Berg international éditeurs 2012.

²³¹ Notons que l'ECRI a recommandé vivement aux autorités françaises de poursuivre et de renforcer leurs efforts en vue de lutter contre les formes d'expression raciste diffusées au moyen d'internet. Le CERD (Nations unies) a également abordé cette question dans sa Recommandation générale n° 35 d'août 2013 sur la lutte contre les discours de haine raciale (voir CNCDH, *Rapport 2012-2014 sur les droits de l'homme en France. Regards portés par les instances internationales*, La documentation française 2014, p. 223 et 225).

²³² Voir la liste des personnes auditionnées en annexe.

²³³ P. Mbongo, *Audition du 23 octobre 2014* ; E. Dreyer, *Audition du 23 octobre 2014*.

²³⁴ Voir Sciences Po - CERL, *Colloque du 17 novembre 2014 : Incitation à la discrimination ou à la haine : perspectives croisées sur une répression problématique*. Sur l'histoire de cette notion et sa genèse américaine, voir V. S. Walker, *Hate Speech : The History of An American Controversy*, Lincoln University of Nebraska Press 1994.

comme une notion générique permettant d'englober toutes les formes d'expression objectivement considérées comme offensantes et encourageant le mépris, voire l'hostilité ou la violence, envers les ethnies, les groupes religieux, les femmes et plus généralement toutes les minorités (genre, orientation sexuelle, etc.)²³⁵. Ceci inclut l'apologie des actes de terrorisme qui est souvent orientée contre des catégories particulières de la population, et menace gravement celles-ci. Par son caractère large et opérationnel, cette approche présente l'incontestable mérite de coller à la réalité, dans la mesure où il n'existe pas une uniformité dans le discours de haine qui s'exprime sur internet, celui-ci pouvant être structurel ou conjoncturel²³⁶. Le discours structurel impose d'opérer une distinction très nette entre, d'une part, la mise en ligne de contenus politisés, construits, correspondant à une véritable propagande élaborée par des groupuscules plus ou moins hiérarchisés parfois localisés à l'étranger et, d'autre part, les expressions d'une haine plus « ordinaire », œuvre d'internautes se sentant légitimés dans leur discours par le relatif anonymat régnant sur la toile. Quant au discours de haine conjoncturel, il s'appuie essentiellement sur l'actualité. Les poussées de racisme, d'antisémitisme et d'islamophobie dans les commentaires publiés sur les forums ou plateformes de discussion au sujet du conflit israélo-palestinien en donnent une illustration parfaite²³⁷, tout comme les très nombreux messages d'apologie des attentats de janvier 2015²³⁸.

3. Les premiers travaux de la CNCDH sont aujourd'hui indéniablement datés car relatifs à une époque, celle du Web 1.0, où l'internet était simplement conçu comme un outil de classement, de consultation et de traitement des données. L'utilisateur était cantonné dans un rôle passif : il se contentait de recevoir des informations et de les partager avec d'autres. Le mode de fonctionnement de l'internet a cependant été totalement bouleversé au milieu des années 2000 avec la révolution du « Web 2.0 »²³⁹ consécutive au développement exponentiel des réseaux sociaux, des sites de partage de contenus audiovisuels, des plateformes de discussion, des blogs et du courrier électronique. L'internaute est alors devenu, grâce aux outils mis à sa disposition, une personne active sur la toile, un acteur privilégié de la communication, puissant vecteur d'une intelligence collective²⁴⁰. La technologie lui permet d'émettre et de partager quotidiennement de l'information, de devenir, le cas échéant, lui-même écrivain, journaliste, artiste ou éditeur²⁴¹. En devenant participatif²⁴², l'internet accroît considérablement les

²³⁵ Voir la Recommandation n° R (97) adoptée le 30 octobre 1997 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui définit le discours de haine comme « *couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou autres formes de haine basées sur l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination ou d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration* ». Voir également Comité pour l'élimination de la discrimination raciale - CERD, Recommandation générale n° 35 sur la lutte contre les discours de haine raciale (26 octobre 2013).

²³⁶ Sur cette distinction, voir M. Knobel, « Lorsque le racisme tisse sa toile sur le Net en 2009 », in : CNCDH, *Rapport 2009. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La documentation française 2010, p. 274 ; I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 18 et 19.

²³⁷ I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 18 et s. ; Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Lutter contre le racisme et l'antisémitisme sur les médias relevant du droit de la communication audiovisuelle*, Paris, novembre 2009.

²³⁸ Voir T. Quinault Maupoil, « Il sera jugé pour avoir fait l'apologie de l'attentat contre Charlie Hebdo », en ligne sur : www.lefigaro.fr.

²³⁹ Voir F. Rebillard, *Le Web 2.0 en perspective : une analyse socio-économique de l'internet*, L'Harmattan 2007 ; P. Trudel et F. Abran, *Gérer les enjeux et risques juridiques du Web 2.0*, Université de Montréal, janvier 2012.

²⁴⁰ Voir B. Beauce, *Les fins d'internet*, Fyp 2014, p. 37 et s.

²⁴¹ P. Achilléas, « Internet et libertés », *JurisClasseur Libertés*, fasc. n° 820, n° 27.

« *capabilités* » des individus, pour reprendre la terminologie d'Amartya Sen, c'est-à-dire leur capacité effective à jouir de leurs libertés²⁴³. A cet égard, la CNCDH se doit de prendre acte d'une évolution sociétale majeure déjà relevée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : « *internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information* »²⁴⁴. Certes, avant le Web 2.0, le droit de communiquer ses pensées ne pouvait s'exercer que par l'accès à des médias professionnels (presse écrite, médias audiovisuels, éditeurs) soumis à des normes déontologiques et, à ce titre, jouant un rôle de filtre. Mais à ce jour, chacun peut créer un blog, poster un commentaire ou mettre en ligne une vidéo. Internet permet désormais, sans intermédiaire (« *gate-keeper* »), la diffusion par chacun et le partage par tous d'une grande diversité de contenus, dont l'audience potentielle est à l'échelle de la planète²⁴⁵. Si, comme l'affirme l'article 11 de la Déclaration de 1789, « *la liberté de communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme* », alors l'internet est aujourd'hui l'un des instruments les plus précieux de l'un des droits de l'homme les plus précieux²⁴⁶. De plus, si la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH) dispose en son article 10-1 que la liberté d'expression doit s'exercer « *sans considération de frontière* », c'est l'internet, et lui seul, qui a permis la levée effective des frontières²⁴⁷.

4. Partant, le web participatif sonne le glas du monopole des médias traditionnels pour l'information donnée au public²⁴⁸. Agathe Lepage précise utilement que « *l'internet représente surtout un changement de paradigme dans l'expression publique en ce qu'il permet à tout un chacun de s'exprimer sans le filtrage, la sélection qui sont de rigueur dans l'accès aux modes traditionnels d'expression publique, comme l'édition, la télévision, la radio (...)* Ainsi peut-on estimer que c'est véritablement l'internet qui donne toute son ampleur au principe de la liberté d'expression, puisque, sous l'angle de la communication publique, il cesse d'être théorique pour une partie considérable de la société »²⁴⁹. Cette évolution montre que le contrôle éditorial *a priori* (au stade de l'accès aux médias traditionnels) cède la place à un contrôle *a posteriori* (au stade de la sélection des contenus par l'internaute)²⁵⁰, les usagers faisant eux-mêmes le tri une fois les propos publiés sur tel ou tel site²⁵¹. Cela ne pouvait qu'engendrer la fin d'une prise de parole

²⁴² Sur le web participatif, voir D. Cardon, *La démocratie Internet. Promesses et limites*. Seuil 2010, p. 46 et s. ; E. Dérieux, « Régulation de l'internet. Libertés et droits fondamentaux », *RLDI* 2012, n° 78, p. 95.

²⁴³ A. Sen, *L'idée de justice*, Flammarion 2012, p. 277 et s. et p. 309 et s.

²⁴⁴ Voir Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, considérant n° 12 ; Cour EDH 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. n° 3111/10, § 54.

²⁴⁵ Voir D. Wolton, *Internet et après ? Une théorie critique des nouveaux médias*, Flammarion 2000, p. 115, qui soutient le rétablissement d'intermédiaires sur le web, dès lors que ceux-ci sont les « *garants d'une certaine philosophie de l'information* ».

²⁴⁶ Conseil d'État, *Etude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française 2014, p. 146.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 145.

²⁴⁸ G. Lucas, « Internet pour le meilleur et pour le pire ? », in : A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz 2006, p. 95 et s.

²⁴⁹ A. Lepage, « Internet au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse : un mode de communication comme un autre ? », in : A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique, op. cit.*, p. 141 et 142. Voir également P. Trudel et F. Abran, *op. cit.*, p. 11 et 12, qui évoquent le « *rôle accru de l'amateur* » dans des situations autrefois dominées par des professionnels.

²⁵⁰ Conseil d'État, *Etude annuelle 2014, op. cit.*, p. 145 ; D. Cardon, *op. cit.*, p. 39 et s.

²⁵¹ D. Cardon, *op. cit.*, p. 41 et 42 : qui précise qu'il s'agit du « *principe de la hiérarchisation ex post, effectuée par les internautes en fonction de leur position dans la structure des réputations sur la Toile (...)* Les sites très mal classés dans les hiérarchies du web, ne sont accessibles qu'à un internaute qui les chercherait explicitement - ce qui n'enlève rien au caractère insupportable des propos antisémites, racistes, sexistes,

normée²⁵² et ouvrir la voie à une libération totale des affects et des subjectivités, dès lors que les internautes ne sont pas tous des professionnels des médias ayant une connaissance et une pratique de la déontologie de la communication publique²⁵³. A cela s'ajoutent :

- la possibilité de l'anonymat et l'utilisation du pseudonyme, qui entraînent un fort sentiment d'impunité²⁵⁴. L'usage de l'internet peut même générer une « habitude d'anonymat » chez l'internaute qui, se croyant invisible et non identifiable sur la toile, s'autorise des comportements inadaptés à la vie en société, voire illicites ;
- le fait que la communication sur la toile s'affranchit bien souvent, même en l'absence d'anonymat, des règles les plus élémentaires de politesse et de courtoisie²⁵⁵.

Avec l'internet nous sommes entrés dans l'ère des « solitudes interactives »²⁵⁶ où nombre d'individus, libérés de toutes règles et contraintes, manifestent une indifférence exacerbée au sort de leur prochain²⁵⁷. C'est ainsi que les nouvelles technologies du Web 2.0 sont devenues, malgré elles, le vecteur de la diffusion de discours qui n'avaient auparavant pas de place dans les médias traditionnels²⁵⁸ et dont la visibilité est nécessairement accrue par l'effet démultiplicateur du net²⁵⁹. Il n'est donc pas surprenant que ces dix dernières années aient été marquées par une prolifération inquiétante des discours de haine²⁶⁰ et donc par une banalisation, en ligne, de la parole raciste, antisémite, xénophobe, islamophobe et homophobe²⁶¹. Toutefois, l'ampleur du phénomène est encore mal connue, en raison notamment de l'éparpillement des statistiques²⁶² et du

homophobes, etc. Il reste que dans un esprit proche du premier amendement de la Constitution américaine, Internet refuse toute politique paternaliste qui définirait pour les autres ce qu'il convient de dire ou d'entendre. En revanche, il fait confiance à l'activité auto-organisée des internautes pour que les informations qui doivent rester dans les bas-fonds du web ne remontent pas les échelles de visibilité. Grandeur et misère de la liberté de parole à l'ère du numérique ».

²⁵² D. Cardon, *op. cit.*, p. 37 et 38.

²⁵³ *Ibid.*, p. 10 et 11 : « La parole publique (...) peut désormais être commentée, critiquée, raillée, transformée par un grand nombre de personnes autrefois jugées inaptes ou ignorantes. Mais internet aspire aussi dans l'espace public les expressions personnelles des internautes. Le web s'empare de conversations qui n'étaient pas reconnues comme publiques, en profitant des nouvelles pratiques d'exposition de soi des individus. La ligne de partage entre sociabilité privée et débat public est trouée par une nouvelle sensibilité qui conduit les individus à s'exposer et à tisser, devant les autres, des fils entre leur vie personnelle et les enjeux publics ».

²⁵⁴ Y. Charpenel, *Audition du 11 septembre 2014*.

²⁵⁵ C. Moulard, *Mailconnexion. La conversation planétaire*, Au Diable Vauvert 2005 ; C. Feral-Schuhl, *Audition du 23 octobre 2014*.

²⁵⁶ Voir D. Wolton, *Internet et après ?*, *op. cit.*, p. 106 ; D. Wolton, *Penser la communication*, Flammarion 1997, chapitre XIV.

²⁵⁷ B. Teyssié, « L'homme et la fourmi. Variations sur l'empire du numérique », in : B. Teyssié (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Editions Panthéon-Assas 2012, p. 61.

²⁵⁸ M. Quémener, *Cybersociété. Entre espoirs et risques*, L'Harmattan 2013, p. 170 et s. ; P. Schmidt (INACH), *Audition du 4 septembre 2014*.

²⁵⁹ La Cour de Strasbourg a utilement constaté que « les moyens modernes de diffusion d'information et le fait que le site était accessible à tous, y compris aux mineurs, auraient démultiplié l'impact d'une campagne d'affichage » (Cour EDH, Gde chbre, 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, req. n° 16354/06).

²⁶⁰ Voir M. Knobel, *L'internet de la haine*, *op. cit.* Voir déjà A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec 2002, p. 91 et s. Sur la situation aux Etats-Unis, voir J. Bell, « Pour faire barrage à ceux qui n'ont pas de cœur : expressions racistes et droits des minorités », in : E. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*. Dalloz 2008, p. 52 et s.

²⁶¹ Gilles Clavreul (DILCRA) a indiqué le 29 janvier 2015, lors d'une intervention à la CNCDDH, que le nombre de signalements de contenus haineux en ligne s'est élevé à 15000 en 2014.

Pour des données chiffrées détaillées relatives à 2014, voir la contribution de M. Quémener et celle du ministère de l'intérieur in : CNCDDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La documentation française 2015.

²⁶² Voir Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, Février 2014, p. 20 et s.

peu de connaissance scientifique en la matière. Dans ces conditions, la CNCDH recommande aux pouvoirs publics l'amélioration des instruments permettant de connaître précisément ce phénomène, notamment par la mise en place d'outils statistiques, avec une ventilation spécifique des actes commis sur ou via l'internet, et le financement de recherches en la matière. A cet égard, les secteurs public et privé pourraient se mobiliser et collaborer pour la réalisation de projets de recherche interdisciplinaires, sur la base de méthodes scientifiques innovantes acceptant « l'impératif numérique »²⁶³.

5. Par ailleurs, la CNCDH rappelle régulièrement, à l'instar du Conseil constitutionnel²⁶⁴ et de la Cour de Strasbourg²⁶⁵, que la liberté d'expression, garantie par l'article 10 de la CESDH, constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique²⁶⁶. Ce droit « *vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »²⁶⁷. Aussi, la CNCDH est-elle fondamentalement préoccupée par la sauvegarde, et au besoin par l'extension, de l'espace public de libre discussion qui est consubstantiel à la démocratie et à l'État de droit²⁶⁸. L'impertinence, l'irrévérence, les idées qui dérangent sont une richesse inestimable pour l'éveil des consciences. Elles ont toute leur place dans l'espace public qui ne saurait être aseptisé par une domestication de la prise de parole. A cet égard, la liberté d'expression est incontestablement devenue la « pierre angulaire » du Web 2.0 dans la mesure où elle est l'essence même de sa fonction : recevoir et émettre de l'information²⁶⁹. Cependant, si internet est un formidable espace de libertés, il ne saurait en aucun cas constituer une « zone de non-droit »²⁷⁰ où prospère un marché totalement libre des idées (« *free flow of ideas* ») au sein duquel l'État devrait s'abstenir de toute intervention pour ne pas fausser la libre concurrence des opinions²⁷¹. En effet, l'article 10-2 de la CESDH précise que l'exercice de la liberté d'expression comporte de manière inhérente des « *devoirs et responsabilités* » pour en prévenir un usage irresponsable et dangereux pour l'État de droit²⁷². Dans ces conditions, « *la société démocratique est tolérante et non pas inerte. En tant que démocratie militante, elle doit assurer la défense de ses principes essentiels. Partant, elle a le devoir de lutter contre les*

²⁶³ Voir M. Wieviorka, *L'impératif numérique*, CNRS-éditions 2013. Pour cet auteur, les sciences humaines et sociales doivent être partie prenante des nouvelles technologies de l'information en utilisant données et réseaux sociaux du web 2.0 pour échanger, communiquer, travailler de manière collaborative et produire des « humanités numériques ». Exemples à l'appui, il explique tout le parti qu'elles pourraient tirer du numérique et propose une nouvelle organisation de la recherche afin de dépasser le système des disciplines, véritable frein à l'innovation intellectuelle.

²⁶⁴ Cons. const. 10 juin 2009, n° 2008-580 DC.

²⁶⁵ Voir notamment Cour EDH 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 49 ; Cour EDH, 28 juin 2012, *Ressiot & autres c. France*, req. n° 15054/07 et 15066/07.

²⁶⁶ CNCDH 25 avril 2013, *Avis sur la réforme de la protection du secret des sources*, JORF n° 0134 du 12 juin 2013, texte n° 90.

²⁶⁷ Cour EDH 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 49.

²⁶⁸ Voir P. Wachsmann, « Participation, communication, pluralisme », *AJDA* 1998, p. 165 ; J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression », in : E. Zoller (dir.), *op. cit.*, p. 102..

²⁶⁹ M. Casas & autres, *Rapport de recherche - table ronde 2014 « Quel(s) droit(s) pour les réseaux sociaux ? La liberté d'expression et les réseaux sociaux*, Aix-Marseille Université / IREDIC, p. 5.

²⁷⁰ Comp. A.-S. Choné-Grimaldi, « Publicité en ligne et pratiques anticoncurrentielles », in : B. Teyssié (dir.), *op. cit.*, p. 233.

²⁷¹ La Cour suprême des Etats-Unis a affirmé dans ce sens que « *Selon la Constitution, il n'existe pas d'idée fautive. Si nuisible que puisse paraître une opinion, nous ne dépendons pas des juges ou des jurys pour qu'elle soit corrigée, mais de la concurrence d'autres idées* » (*Affaire Gertz v. Robert Welch*, 418 US 323 (1974)).

²⁷² J.-F. Flauss, *op. cit.*, p. 98.

abus dans l'exercice de la liberté d'expression ouvertement dirigés contre ses valeurs »²⁷³. La Cour de Strasbourg condamne très fermement les discours de haine en affirmant que les allégations racistes ou xénophobes ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la CESDH²⁷⁴. Il en est de même s'agissant des « *propos visant à inciter la société à la haine raciale et à propager l'idée d'une race supérieure* »²⁷⁵ ou « *des expressions visant à propager, inciter ou à justifier la haine fondée sur l'intolérance, y compris l'intolérance religieuse* »²⁷⁶. Tout discours incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme ne relève pas de la liberté d'expression²⁷⁷ et ne peut prétendre bénéficier des garanties de la Convention conformément à l'article 17 de la CESDH²⁷⁸. En conséquence, les États ont l'obligation positive de lutter, en toutes circonstances, contre les discours qui, en propageant l'intolérance, la haine et le racisme, sont contraires aux valeurs des libertés et droits fondamentaux. A cette fin, la CNCDH, formulera des recommandations pour :

- affirmer la souveraineté numérique de l'État (I.) ;
- renforcer les dispositifs existants en matière de lutte contre les discours de haine sur internet (II.) ;
- disposer d'une instance réactive et innovante de régulation du web (III.)
- adopter un plan d'action national sur l'éducation et la citoyenneté numériques (IV.).

I. AFFIRMER LA SOUVERAINETE NUMERIQUE DE L'ETAT

A. CONFORTER LE ROLE ESSENTIEL DE L'ETAT DANS LA GARANTIE DES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX SUR LA TOILE

6. Une fois de plus, les événements tragiques de janvier 2015 ont entraîné la prolifération des discours de haine sur la toile, dont une infime partie seulement a fait l'objet de poursuites pénales. La CNCDH ne peut donc que réitérer sa recommandation visant à initier une réflexion générale sur l'éventuelle définition d'un « *ordre public numérique* »²⁷⁹, internet devant demeurer un espace de liberté, respectueux des droits et libertés fondamentaux, et non un espace d'impunité. La Cour européenne des droits de l'homme n'a-t-elle pas énoncé en ce sens que « *l'internet est certes un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles et ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des*

²⁷³ *Ibid.*, p. 124.

²⁷⁴ Cour EDH 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. n° 15890/89.

²⁷⁵ Cour EDH 10 octobre 2000, *Ibrahim Aksoy c. Turquie*, req. n° 28635/95.

²⁷⁶ Cour EDH 4 décembre 2003, *Günduz c. Turquie*, req. n° 35071/97.

²⁷⁷ Dans ce sens S. Goldman, « Le discours de haine raciste et/ou antisémite en France - Aspects juridiques », in : CNCDH, *Rapport 2011. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La documentation française 2012, p. 173 qui affirme justement que « *l'expression du racisme n'est pas une opinion mais un délit* ».

²⁷⁸ « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

²⁷⁹ CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, JORF n° 0231 du 5 octobre 2014, texte n° 45.

droits et libertés fondamentaux »²⁸⁰. Pourtant, il est parfois soutenu que l'internet, en raison de son immatérialité, doit échapper en fait et en droit à la puissance étatique²⁸¹. Mais l'avènement de la société numérique n'est pas le retour à un nouvel état de nature sans contrat social ni souveraineté politique²⁸². A ce propos, la CNCDH entend rappeler que, s'agissant d'activités humaines, s'exerceraient-elles sur la toile, l'État a toute liberté pour les encadrer afin de garantir pleinement le respect des droits et libertés fondamentaux²⁸³. Cela est d'autant plus vrai que peuvent résulter de ces activités, virtuelles seulement en apparence, des conséquences bien réelles. Il existe au demeurant une asymétrie des pouvoirs entre d'un côté, les usagers ou les associations, et de l'autre, les prestataires de l'internet²⁸⁴, ces derniers étant, bien souvent, des acteurs économiques extrêmement puissants. De plus, si les discours de haine se sont multipliés ces dernières années sur la toile, c'est justement en raison d'un sentiment d'impunité provenant d'une présence trop faible des autorités publiques sur le web²⁸⁵.

B. ENGAGER DES NEGOCIATIONS DIPLOMATIQUES POUR LA SIGNATURE ET LA RATIFICATION DU PROTOCOLE ADDITIONNEL N° 189 A LA CONVENTION CYBERCRIMINALITE

7. Il convient d'insister sur les difficultés spécifiques de l'internet qui est transfrontière ou sans frontières, alors même que le droit demeure national et, au premier chef, d'application territoriale²⁸⁶. A cet égard, le Conseil d'État relève, à juste titre, dans son *Etude annuelle 2014* s'intitulant « *Le numérique et les droits fondamentaux* » que la question de la territorialité présente une dimension stratégique : « *Est en effet en cause la capacité des États à assurer la protection des libertés fondamentales de leurs citoyens ainsi que le droit au recours de ceux-ci* »²⁸⁷. Aussi, la régulation de l'internet est-elle incontestablement devenue un enjeu majeur de souveraineté²⁸⁸. S'agissant de la question spécifique des abus de la liberté d'expression, le droit français permet de retenir la compétence des lois et juridictions françaises en matière de responsabilité civile et

²⁸⁰ Cour EDH 5 mai 2011, *Comité de rédaction Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. n° 33014/05, § 63.

²⁸¹ Voir J. P. Barlow, *Déclaration d'indépendance du cyberspace*, Editions Hache 1996 : « *Nous sommes en train de créer un monde où n'importe qui, n'importe où peut exprimer ses croyances, aussi singulières qu'elles soient, sans peur d'être réduit au silence ou à la conformité. Vos concepts légaux de propriété, d'expression, d'identité, de mouvement, de contexte ne s'appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière, et il n'y a pas ici de matière* ».

Pour des analyses juridiques, voir M.-A. Frison-Roche, « Les bouleversements du droit par internet », in : *Internet et nos fondamentaux*, PUF 2000, p. 45 et 46.

²⁸² Pour plus de détails, voir B. Beaudé, *op. cit.*, p. 28 et s.

²⁸³ Voir Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 133.

²⁸⁴ Cette notion est entendue dans le présent avis au sens de l'article 2 de la directive 2003/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : « Aux fins de la présente directive, on entend par : (...) b) "prestataire": toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information ».

Par ailleurs, l'article 1^{er} paragraphe 2 de la directive 2003/31/CE portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques définit le service de la société de l'information comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

²⁸⁵ Voir E. Walter (HADOPI), *Audition du 20 novembre 2014* : « *En amont : Il faut faire attention à l'idée de confiance vis-à-vis de l'autorégulation. Ce n'est pas parce que l'Etat n'arrive pas à remplir ses fonctions qu'il doit les déléguer à des acteurs privés. C'est une dérive dangereuse. Surtout que c'est parce que la force publique n'a pas su s'adapter pour appliquer les lois que cette idée existe* ».

²⁸⁶ Voir M. Vivant, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *JCP éd. gén.* 1996, I., 3969 ; F. Marchadier, « Le web ignore les frontières et l'internationalité lui est consubstantiel », in : L. Pailler (dir.), *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier 2012, p. 6.

²⁸⁷ Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 240.

²⁸⁸ P. Bellanger, *La souveraineté numérique*, Stock 2014.

pénale²⁸⁹. Eu égard à cette dernière, le principe de territorialité élargie, selon lequel « l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire » (article 113-2 alinéa 2 du code pénal), permet, au moins en théorie, de retenir la compétence de la loi pénale française et celle du juge français, dès lors que le contenu illicite est accessible du territoire français²⁹⁰. Mais en pratique, lorsqu'une entreprise a délocalisé ses activités dans des « paradis du web », la mise en œuvre des poursuites et de la répression sera vouée à l'échec²⁹¹ : « le monde déterritorialisé de l'internet est largement compris par ceux qui font le lit du racisme comme un formidable moyen d'échapper à la répression. Ils utilisent à la fois les différences de législation et la puissance de communication de l'internet »²⁹². Lors de certaines auditions menées à la CNCDH, il a été notamment évoqué que des hébergeurs, dont le siège social est situé aux Etats-Unis, ne s'estiment pas liés par les dispositions du droit pénal français relatives aux abus de la liberté d'expression²⁹³. Invoquant le Premier amendement de la Constitution américaine, ils soutiennent que les discours de haine constituent une simple opinion, dès lors qu'ils n'incitent pas, directement et immédiatement, à la commission d'un acte de violence²⁹⁴... En conséquence, la CNCDH juge urgent de réaffirmer fortement son profond attachement aux valeurs démocratiques européennes. Elle ne peut donc, qu'une fois de plus, encourager l'État français à entreprendre une action diplomatique forte pour faire signer et ratifier par les États hébergeant des sites diffusant des discours de haine le protocole additionnel n° 189 à la Convention cybercriminalité du Conseil de l'Europe spécifiquement dédié au racisme et à l'antisémitisme²⁹⁵.

C. FIXER LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE L'ARTICLE 6 DE LA LOI SUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE (LCEN)

8. Plusieurs auditions conduites à la CNCDH ont établi que la grande majorité des sites hébergeant des discours de haine sont hébergés par des entreprises dont le siège social est situé en Irlande ou aux États-Unis, et qui, pour cette raison, revendiquent l'extranéité

²⁸⁹ Pour plus de détails, voir notamment E. Dérioux et A. Granchet, *Réseaux sociaux en ligne. Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy 2013, p. 34 et s. ; E. Dérioux, « Règles de procédure applicables à la poursuite des abus de la liberté d'expression. Garantie de la liberté d'expression ou privilège des médias ? », *RLDI* 2013, n° 89, p. 61 et s. ; J. Francillon, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et la cybercriminalité », *RLDI* 2012, p. 103 ; E. Martin-Hocquenghem, « Le principe de la territorialité de la loi pénale et les infractions commises sur internet », in : B. Teyssié (dir.), *op. cit.*, p. 495 et s.

²⁹⁰ Cass. crim. 9 septembre 2008, n° 07-87.281, qui pose que le droit pénal français est applicable à un site destiné au public français, l'infraction étant alors regardée comme commise sur le territoire de la France. Sur cette question, voir également A. Lepage, « Réflexions sur l'adaptation du droit pénal à l'internet », in : B. Teyssié (dir.), *op. cit.*, p. 493 ; Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 211 ; Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 325.

²⁹¹ Par exemple, en cas de condamnation par défaut d'un hébergeur américain par un juge français sur le fondement de l'article 113-2 alinéa 2 du code pénal, les tribunaux américains refuseront d'exécuter la décision, en l'absence de procédure similaire au défaut en droit américain. En effet, la Cour suprême des États-Unis considère que la preuve de l'accusé est un droit constitutionnel fondé sur le 6^{ème} amendement (affaire *United States c. Gagnon* 470 US 522 (1985) ; voir également J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz 2002, n° 472, p. 592 et s.).

²⁹² I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 27.

²⁹³ P. Schmidt (INACH), *Audition du 4 septembre 2014* ; B. Louvet (LICRA), *Audition du 4 septembre 2014*.

²⁹⁴ Pour plus de détails sur le droit des Etats-Unis, voir S. Preuss-Laussinotte, *La liberté d'expression*, Ellipse 2014, p. 27 et s. ; E. Zoller, « La Cour suprême des Etats-Unis et la liberté d'expression », in : E. Zoller (dir.), *op. cit.*, p. 253 et s.

²⁹⁵ Voir déjà CNCDH, *Rapport 2010. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La documentation française 2011, p. 166 ; CNCDH, *Rapport 2013. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La documentation française 2014, p. 215.

juridique. C'est ainsi que de grandes sociétés américaines, comme Facebook, Twitter ou Youtube ne s'estiment pas tenues par les dispositions de l'article 6 II. de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique* (ci-après LCEN) imposant aux acteurs de l'internet de coopérer avec les autorités judiciaires et administratives pour permettre l'identification de personnes ayant contribué à la création de contenus illicites²⁹⁶. Dès lors que l'anonymat des internautes est conjugué à l'absence de coopération des prestataires (hébergeurs), l'autorité judiciaire est mise en grande difficulté pour obtenir, dans les meilleurs délais, les éléments d'identification (adresse IP, etc.) des personnes suspectées d'avoir commis une infraction pénale. En outre, il est regrettable que bien des entreprises étrangères ne s'estiment pas davantage liées par l'article 6 I. 7 de la LCEN permettant à l'autorité judiciaire de mettre à la charge des hébergeurs et des fournisseurs d'accès une obligation de surveillance spéciale (ciblée et temporaire) de certains comportements illégaux, étant rappelé que, s'agissant de la répression des infractions relatives aux abus de la liberté d'expression, ces prestataires doivent également informer promptement les autorités publiques de toute activité illicite dont elles ont connaissance et rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre ces activités²⁹⁷.

9. Au regard de ce qui précède, la CNCDH déplore que, du fait du non-respect de leurs obligations légales par les sociétés étrangères, les pouvoirs publics français soient trop souvent réduits à l'impuissance dans la conduite d'une politique de lutte contre les discours de haine sur internet. Pour la CNCDH, il est intolérable que l'effectivité d'une loi puisse dépendre des intérêts particuliers de l'industrie et, plus largement, d'intérêts économiques voire politiques. Elle appelle l'État à ne pas abdiquer sa souveraineté et recommande en conséquence de définir le champ d'application territorial de l'article 6 de la LCEN, ses dispositions devant s'appliquer à toute entreprise exerçant une activité économique sur le territoire français²⁹⁸.
10. De plus, la préservation de l'intérêt général et le principe d'égalité devant la loi commandent de s'assurer du respect de leurs obligations par les prestataires et de punir les manquements constatés, étant précisé que les sanctions pénales prévues par la LCEN n'ont, jusqu'à ce jour, jamais été mises en œuvre²⁹⁹. Cette situation est d'autant plus fâcheuse qu'elle entraîne une distorsion de concurrence au détriment des entreprises françaises respectueuses de la loi³⁰⁰ et dont le poids économique est bien faible face aux géants américains du web et de l'informatique. C'est pourquoi, la CNCDH est résolument convaincue que la conquête de la souveraineté numérique doit également s'accompagner cumulativement :
 - d'une nouvelle dynamisation de l'industrie du numérique française et du soutien de l'innovation en la matière afin, comme le recommande le Conseil économique, social et environnemental, de « *créer un écosystème favorable à l'émergence et à l'essor de*

²⁹⁶ Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 245 ; E. Dérioux, « Diffusion de messages racistes sur Twitter. Obligations de l'hébergeur », *RLDI* 2013, n° 90, p. 27 et s.

²⁹⁷ Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 185 et s. Voir déjà I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 59.

²⁹⁸ Dans ce sens Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 245.

²⁹⁹ Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 187 et 188.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 185 et 186.

start-ups susceptibles de devenir les champions du numérique de demain »³⁰¹. Les grands acteurs français de l'économie doivent également davantage s'engager dans le sens du développement de l'industrie numérique, afin de promouvoir les valeurs de la République et les droits de l'homme³⁰² ;

- d'une politique de responsabilisation des entreprises dans le sens du respect des droits de l'homme³⁰³, notamment de la conception française de la liberté d'expression.

II. RENFORCER LES DISPOSITIFS EXISTANTS DE LUTTE CONTRE LES DISCOURS DE HAINE SUR INTERNET

A. RENFORCER L'EFFICACITE DES DISPOSITIFS ISSUS DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881 SUR LA LIBERTE DE LA PRESSE

1° Maintenir les délits d'opinions et les abus de la liberté d'expression dans la loi du 29 juillet 1881

11. A titre liminaire, la CNCDH considère que les incriminations existantes, contenues essentiellement dans la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* et exceptionnellement dans le code pénal, sont suffisantes³⁰⁴. Dans une démocratie pluraliste fondée sur la liberté d'opinion et d'expression, les délits d'abus de l'expression publique doivent être strictement limités et définis ; et reposer sur des atteintes ou des risques avérés d'atteintes aux personnes (diffamation, injure, provocation, apologie et négationnisme). Ce champ de la répression ne saurait être élargi sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression garantie à l'article 10-1 de la CESDH.

12. La loi du 29 juillet 1881 définit, de manière subtile et évolutive, l'équilibre à maintenir entre la liberté d'expression, qu'elle protège, et ses limites. C'est pourquoi, les infractions incriminant les discours de haine, abus de la liberté d'expression, présentent une spécificité telle, qu'il n'est pas permis de les intégrer dans le code pénal. En outre, le régime particulier aux délits de presse montre à la Cour de Strasbourg et aux instances européennes, que, même en l'absence de dépenalisation de notre droit de la

³⁰¹ Conseil économique, social et environnemental (CESE) 13 janvier 2015, *Données numériques, un enjeu d'éducation et de citoyenneté* (rapporteur : E. Peres), p. 96.

³⁰² Voir P. Lemoine, *Rapport au Gouvernement. La nouvelle grammaire du succès. La transformation numérique de l'économie française*, Novembre 2014, p. 15 : « Il est temps que les grands groupes français tournent la page des déconvenues et des humiliations que certains ont pu connaître en essayant des gadgets lors de la bulle internet. C'était il y a 10 ans et le contexte n'est plus le même. Il faut repartir avec des projets forts, originaux et mobilisateurs. Nous proposons des exemples de tels projets dans la banque (« Paiement anonyme sécurisé »), dans le commerce (« La librairie du futur »), dans l'industrie manufacturière (« Une automobile pour la jeunesse, conçue à plusieurs et prototypée en FabLab »), dans les transports (« Un pass mobilité universel sur mesure »), dans la santé (« Vie numérique, maladies chroniques »), dans l'Administration « Réseau d'innovation territoriale pour les services de proximité ». Un accent particulièrement fort est mis sur les projets pouvant contribuer à notre modèle de croissance : accélération de la mobilité professionnelle (« Emploi Store », « Plateforme de mobilité inter fonctions publiques »), enjeux écologiques et transition énergétique (« Green Button à la française »), lien vivant entre la logique publique d'intérêt général et la logique de biens communs portée par les grandes fondations (Wikipedia, Mozilla, OpenStreetMap, etc.) ».

³⁰³ CNCDH 24 octobre 2013, *Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies*, JORF n° 0266 du 16 novembre 2013, texte n° 56.

³⁰⁴ Dans ce sens Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 152 ; M. Knobel, *Audition du 4 septembre 2014* ; P. Mbongo, *Audition du 23 octobre 2014* ; M. Quémener et J. Ferry, *Cybercriminalité. Défi mondial*, 2^{ème} éd., Economica 2009, p. 155.

communication - dépenalisation souhaitée par le Conseil de l'Europe³⁰⁵ -, le droit français en la matière est conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 10 de la CESDH³⁰⁶. En conséquence, la CNCDH est par principe opposée à l'introduction dans le code pénal d'infractions relatives à la liberté d'expression. En revanche, lorsque le législateur veut incriminer spécifiquement certains comportements en rapport plus ou moins lointain avec la communication, et les réprimer fermement, il est préférable qu'il le fasse dans le cadre du code pénal et non dans celui de la loi de 1881, qui y perd son âme...³⁰⁷.

13. Dans son avis du 25 septembre 2014 sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, la CNCDH a mis en œuvre ces principes directeurs à propos des infractions de provocation publique aux actes de terrorisme et d'apologie publique de tels actes³⁰⁸. En effet, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* a prévu de les sortir de la loi du 29 juillet 1881 pour les inscrire dans un nouvel article 421-2-5 du code pénal³⁰⁹, au motif qu'il ne s'agit pas « *d'abus de la liberté d'expression (...) mais de faits qui sont directement à l'origine d'actes terroristes* ». Ces nouvelles dispositions, qui ne distinguent pas entre provocation suivie d'effet et provocation non suivie d'effet (comme le font à ce jour les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881³¹⁰), englobent ces deux types de provocation³¹¹. Dans l'hypothèse d'une provocation suivie d'effet (la commission d'actes de terrorisme), on quitte le champ de la liberté d'expression pour entrer dans celui de la protection des personnes. L'enjeu de la lutte contre le terrorisme devient d'autant plus prépondérant, dès lors qu'il s'agit, comme c'est le cas dans le nouvel article 421-2-5 du code pénal, d'une provocation « *directe* », matérialisée par des écrits ou des propos précisant explicitement les actes appelés par la provocation. En revanche, dans l'hypothèse d'une provocation non suivie d'effet, l'acte répréhensible reste dans le champ de la liberté d'expression. Au regard de ce qui précède, si la CNCDH n'est pas opposée à l'introduction dans le code pénal de la provocation publique suivie d'effet, elle estime que la provocation publique non suivie d'effet doit demeurer dans la loi du 29 juillet 1881. Il en est à plus forte raison de même s'agissant de l'apologie publique du terrorisme, qui doit

³⁰⁵ Voir M.-F. Bechtel, *Rapport n° 409 au nom de la Commission des lois (...) sur le projet de loi (...) relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, Assemblée nationale 14 novembre 2012, p. 54.

³⁰⁶ CNCDH 20 décembre 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ Voir CNCDH 25 septembre 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*

³⁰⁹ Article 421-2-5 du code pénal : « *Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne.*

Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

³¹⁰ La distinction entre provocation suivie d'effet (article 23 de la loi du 29 juillet 1881) et provocation non suivie d'effet (article 24 de la loi du 29 juillet 1881) a un sens : en bref, la première « *particularise* » un cas de complicité avec cet avantage que le juge est dispensé de l'obligation d'apporter la preuve de l'un des adinicules de l'article 121-7, alinéa 2 du code pénal (don, promesse, etc...). La seconde, elle, rend punissable, en en faisant un délit autonome, un cas de complicité qui ne le serait pas faute d'infraction principale (« *non suivie d'effet* »).

³¹¹ Le droit français est sur ce point conforme à la Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil de l'UE en date du 28 novembre 2008 *modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme*. Aux termes de ce document, l'incitation à commettre des actes de terrorisme doit être réprimée, qu'elle soit ou non suivie d'effet.

continuer à relever des dispositions spécifiques du droit de la presse. La CNCDH craint au demeurant que le mouvement de sortie de la loi du 29 juillet 1881 d'un certain nombre d'infractions relatives aux abus de la liberté d'expression vide cette grande loi de sa substance en lui faisant perdre sa cohérence, au risque de la marginaliser et de la voir disparaître à terme.

14. Par ailleurs, certaines procédures d'urgence - comme notamment la comparution immédiate et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité - ne sont pas adaptées au contentieux des abus de la liberté d'expression, dont la complexité et les valeurs en jeu imposent un traitement ferme, mais mesuré. La preuve en a été apportée, au lendemain des attentats de janvier 2015, par une salve de condamnations en comparution immédiate pour apologie du terrorisme, cette voie de droit ayant été rendue possible par la réforme du 13 novembre 2014³¹². En l'état actuel des textes, de manière à garantir le principe d'égalité des citoyens devant la loi, le principe de proportionnalité et le principe de légalité, il apparaît urgent que le législateur définisse précisément la notion d'apologie du terrorisme³¹³. Au surplus, la CNCDH rappelle qu'elle est favorable à la mise en œuvre d'alternatives aux poursuites dans les cas les moins graves d'abus à la liberté d'expression et à la condition qu'elles soient réfléchies et adaptées à cette forme de délinquance. Enfin, l'allongement à trois ans du délai de prescription qui découlerait de l'intégration dans le code pénal de ces infractions n'est pas opportun. En effet, remettre dans le débat public une injure ou une diffamation 3 ans après sa commission éventuelle peut être contraire à la fonction pacificatrice du procès pénal.

2° Améliorer le cadre procédural de la loi du 29 juillet 1881

15. La loi du 29 juillet 1881 est, depuis le 19^{ème} siècle, un pilier symbolique de la démocratie française et de sa norme fondamentale de protection de la liberté d'expression³¹⁴. A travers le temps, elle a montré sa force, son rayonnement, son adaptabilité et sa capacité à maintenir un équilibre délicat entre le droit fondamental à la liberté d'expression et ses limites nécessaires. Toutefois, un certain nombre de dispositions procédurales de cette loi sont aujourd'hui manifestement en décalage avec la généralisation de l'expression publique consécutive à la révolution du « Web 2.0 », qui a permis le développement exponentiel des réseaux sociaux, des sites de partage de contenus audiovisuels, des plateformes de discussion, des blogs et du courrier électronique. Si la loi du 29 juillet 1881 trouve à s'appliquer aux communications en ligne, elle n'est aujourd'hui pas adaptée au contentieux de masse que l'internet est de nature à engendrer³¹⁵. Il s'agit d'une loi complexe, au contenu difficilement accessible, faisant l'objet d'une interprétation jurisprudentielle très nuancée, que seuls des juristes spécialisés maîtrisent³¹⁶. Elle est originellement destinée aux professionnels de la communication (presse, éditeurs, médias) pour encadrer leurs activités et donne lieu à un contentieux sophistiqué devant des

³¹² Voir J. Alix, « La répression de l'incitation au terrorisme », *Gaz. Pal.* 2015, à paraître.

³¹³ Voir C. Godeberge et E. Daoud, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes », *AJ Pénal* 2014, p. 563 et 564.

³¹⁴ Voir CNCDH 25 avril 2013, *Avis sur la réforme de la protection du secret des sources*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

³¹⁵ Dans ce sens E. Dreyer, *Audition du 23 octobre 2014* ; A. Philippe, *Audition du 11 septembre 2014*.

³¹⁶ Pour une présentation générale, voir N. Mallet-Poujol, « La liberté d'expression sur internet : aspects de droit interne », *Rec. Dalloz* 2007, p. 591 et s.

magistrats très spécialisés (notamment la 17^e chambre correctionnelle du TGI de Paris). Elle n'avait pas initialement vocation à s'appliquer à tout internaute devenu désormais un éditeur public potentiel. Autrement dit, la loi du 29 juillet 1881 n'a pas été conçue pour une expression publique généralisée, qui n'est plus filtrée en amont par des médias professionnels responsabilisés et soumis à un encadrement déontologique. Néanmoins, la part laissée au juge dans l'interprétation de cette loi permet largement de faire évoluer le droit au regard des contextes et attentes d'une époque. C'est pourquoi, la CNCDH recommande certaines améliorations des dispositions procédurales de la loi du 29 juillet 1881 en vue de mieux lutter contre la prolifération des discours de haine sur internet par des internautes non professionnels et en vue de faciliter l'accès des victimes à la justice :

- améliorer la clarté et la lisibilité des dispositions de la loi du 29 juillet 1881³¹⁷, notamment préciser et actualiser les notions d'espace public et d'espace privé dans le web 2.0, au regard des nouvelles formes de communautés et de réseaux numériques ;
- envisager la numérisation des procédures (notamment des assignations et significations) ; simplifier et faciliter les procédures de référé par la création d'un référé numérique (plutôt que le maintien de différents référés en la matière) ; prévoir la possibilité de déposer plainte en ligne³¹⁸ ;
- prévoir un droit de réponse effectif sur internet au profit des associations antiracistes³¹⁹ ;
- donner au juge le pouvoir d'ordonner la suspension du fonctionnement d'un site, à l'instar de la possibilité de suspension d'un journal pour 3 mois en cas de provocation à la haine raciale ;
- donner au juge le pouvoir d'ordonner l'arrêt d'un service de communication en ligne pour toutes les infractions relatives aux abus de la liberté d'expression³²⁰ ;
- initier une réflexion sur la pertinence de l'augmentation et de l'harmonisation des délais de prescription³²¹ ;
- envisager la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales³²², en dehors des organes de presse³²³.

16. Par ailleurs, une nouvelle et importante difficulté est apparue avec le web 2.0 : la multiplication des discours anonymes ou sous pseudonyme, qui rendent difficile l'identification de l'auteur des propos litigieux. La parole et les écrits sont alors d'autant plus désinhibés, que leur auteur a un fort sentiment d'impunité³²⁴. Outre la difficulté

³¹⁷ E. Dérieux, *Audition du 27 novembre 2014* ; A. Lepage, *Audition du 3 décembre 2014*.

³¹⁸ Dans ce sens C. Féral-Schuhl, *Audition du 23 octobre 2014*.

³¹⁹ Dans ce sens E. Dreyer, *Audition du 23 octobre 2014*, qui précise qu'à ce jour l'article 13-1 de la loi du 29 juillet 1881 ne prévoit aucun droit de réponse spécifique en matière d'internet.

³²⁰ Dans ce sens E. Dreyer, *Audition du 23 octobre 2014*, qui précise que l'article 50-1 de la loi du 29 juillet 1881 ne vise pas à ce jour tous les propos racistes. Il ajoute cependant qu'il faudrait retirer cette compétence au juge des référés pour la donner au juge des libertés et de la détention.

³²¹ Pour des éléments de réflexion, voir E. Dreyer, « L'allongement du délai de prescription pour la répression des propos racistes ou xénophobes. Commentaire de l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 », *LEGICOM* 2006/1, n° 35, p. 107 et s. ; E. Dreyer, « La Constitution ne s'oppose pas à l'abandon de la prescription trimestrielle en matière de presse », *Rec. Dalloz* 2013, p. 1526.

³²² Dans ce sens, voir Cour EDH 10 octobre 2013, *Delfi AS c. Estonie*, req. n° 64569/09.

³²³ Comp. E. Dreyer, *Audition du 23 octobre 2014*, qui propose pour sa part d'intégrer dans le code pénal les infractions relatives au racisme. Cela aurait notamment pour conséquence de permettre d'engager la responsabilité pénale des personnes morales.

³²⁴ E. Dérieux, « Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité », *RLDI* 2014, n° 100, p. 79.

d'identifier les auteurs des propos racistes, qui dépend largement de la coopération des prestataires de service, surtout des hébergeurs³²⁵, la loi du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle* - laquelle exige, dans un délai très court, l'identification des auteurs, dans le cadre contraignant d'une liste limitative des responsabilités en cascade (directeur de publication, auteur, producteur) - ne paraît pas toujours adaptée³²⁶. Par exemple, lorsque des sites reposent sur l'anonymat du directeur de publication et des auteurs d'articles, il faudrait, pour la CNCDH, réfléchir à l'élargissement éventuel de la liste des participants à l'infraction aux responsables de l'association ou de la structure sous-jacente au site web éditeur³²⁷.

B. RENFORCER L'EFFECTIVITE DES DISPOSITIFS ISSUS DE LA LOI SUR LA CONFIANCE DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE (LCEN)

17. Au terme de son travail magistral sur la cybercriminalité, le Procureur général Robert affirme clairement que la LCEN « souffre d'un manque général d'effectivité »³²⁸. Cette loi, qui est pourtant largement considérée comme une loi de qualité, pourrait être aménagée, afin de mieux lutter contre les discours de haine sur internet³²⁹.

18. En premier lieu, la LCEN garantit globalement le principe de « neutralité du réseau »³³⁰, au sens où elle instaure un système de responsabilité limitée des prestataires (fournisseurs d'accès et hébergeurs)³³¹. Ceux-ci ne sont parallèlement soumis à aucune obligation générale de surveillance des contenus (article 6 I., 7 LCEN)³³². D'emblée, il convient d'indiquer que l'accroissement de la responsabilité des prestataires présenterait un risque de « privatisation de la censure » : en effet, les responsabiliser sur les contenus pourrait indirectement conduire à leur déléguer, *de facto*, une mission de surveillance et de sanction, qui reviendrait à leur confier un rôle trop central dans la détermination de l'ordre public numérique. Toutefois, les règles de responsabilité des prestataires, acteurs

³²⁵ Voir *infra*.

³²⁶ L'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 *sur la communication audiovisuelle*, définissant le régime de responsabilité dite « en cascade », pose que « le directeur de la publication ou (...) le codirecteur de la publication sera poursuivi comme auteur principal, lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ». Il ajoute que, « à défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal » et que, « lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice ». Il y est encore mentionné que « pourra également être poursuivie comme complice toute personne à laquelle l'article 121-7 du Code pénal sera applicable ».

³²⁷ Dans ce sens A. Philippe, *Audition du 11 septembre 2014*.

³²⁸ M. Robert, *Audition du 3 décembre 2014*.

³²⁹ Sur les failles de la LCEN, voir notamment J. Bossan, « Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet », *RSC* 2013, p. 295 et s.

³³⁰ Sur le principe de neutralité du réseau, voir J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, LGDJ 2011, p. 16 et s. ; E. Dérieux, « Entre esprit libertaire et nécessaire réglementation. A propos de la neutralité de l'internet. Un atout pour le développement de l'économie numérique », *RLDI* 2010, n° 64, p. 6 et s.

³³¹ Sur l'allègement de la responsabilité des fournisseurs d'accès et des hébergeurs, voir J. Huet et E. Dreyer, *op. cit.*, p. 121 et s. ; E. Dérieux, « Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité », *op. cit.*, p. 82 et s. Comp. C. Castets-Renard, *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien 2012, p. 289 et s., qui évoque « l'irresponsabilité conditionnée » des hébergeurs et des fournisseurs d'accès à internet.

³³² Article 6 I., 7 LCEN : « Les personnes mentionnées aux 1 et 2 (fournisseurs d'accès et hébergeurs) ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de surveiller les circonstances révélant des activités illicites. Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire ».

majeurs de la diffusion des discours de haine sur internet, ne sont pas satisfaisantes dès lors qu'elles sont une source importante d'impunité, du fait de leur complexité³³³ et de leur absence corrélative de mise en œuvre³³⁴. Dans ces conditions, il apparaît nécessaire de clarifier et de mieux distinguer, parmi les prestataires, ceux qui jouent « un rôle actif »³³⁵ sur les contenus mis en ligne, notamment par le biais de services de référencement ou de classements, voire de recommandations personnalisées adressées aux internautes³³⁶. Pour la CNCDH, ces derniers devraient, dès lors que les contenus présentent un caractère ubiquitaire³³⁷, se voir appliquer un régime de responsabilité renforcée en étant soumis à des obligations, elles aussi renforcées, comme :

- une obligation de détection préventive (proactive) des contenus susceptibles de constituer une infraction relative aux abus de la liberté d'expression³³⁸, les prestataires étant techniquement plus outillés que les internautes pour détecter les contenus illégaux, notamment par le biais d'algorithmes basés sur les vecteurs sémantiques et les contextes³³⁹ ;
- une obligation corrélative d'information rapide des autorités publiques et de coopération avec celles-ci pour permettre d'identifier et d'atteindre les auteurs d'infractions d'expression publique de haine.

19. En deuxième lieu, il est utile de rappeler que les responsabilités civile et pénale de l'hébergeur sont à ce jour conditionnées par sa connaissance effective de l'activité ou de l'information illicites (articles 6 I., 2 et 6 I., 3 de la LCEN³⁴⁰). En matière d'abus de la

³³³ Sur cette question, voir J. Bossan, *op. cit.*, n° 33 et s. Voir également J.-Y. Monfort, *Audition du 25 septembre 2014*, qui évoque que les usagers du web sont « désarmés » face aux prestataires hébergeurs, dont la responsabilité ne peut être engagée qu'à des conditions extrêmement strictes, les « notifications LCEN » étant en pratique difficiles à réaliser.

³³⁴ Voir Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 185.

³³⁵ Il s'agit du critère appliqué par la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 14 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique (voir notamment CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal & autres c. E-Bay*, n° C-324/09).

³³⁶ Voir Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.* p. 272 et s., qui propose de définir la catégorie juridique des plateformes.

³³⁷ Dans ce sens la CJUE précise que l'activité des moteurs de recherche conduit à conférer aux données un caractère « ubiquitaire », celles-ci pouvant alors être consultées « instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son État membre d'établissement et en dehors de son contrôle » (CJUE 25 octobre 2011, *eDate Advertising GmbH & autres*, n° C-509/09 et C-161/10, § 45 ; CJUE 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc c. AEDP M. Costeja Gonzales*, n° C-131/12, § 80.

³³⁸ Comp. Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 185, qui recommande de fixer par la loi aux prestataires (en particulier les hébergeurs, les fournisseurs de moteurs de recherche et les fournisseurs d'accès) une obligation de surveillance préventive s'agissant de la détection des contenus illicites présentant un degré de gravité particulier et se prêtant techniquement à une telle détection. Il est recommandé à cette fin de viser les infractions déjà énumérées à l'article 6 I., 7 de la LCEN.

³³⁹ Voir T. Berthier, *Haines numériques*, *Tribune publiée le 28 novembre 2014*, en ligne sur : www.crif.org ; D. Corchia (Concileo), *Audition du 16 décembre 2014*.

³⁴⁰ L'article 6 I., 2 de la LCEN dispose : « Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition au public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ».

Aux termes de l'article 6 I., 3 de la LCEN, les personnes ayant la qualité d'hébergeur ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée « à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le

liberté d'expression, il a certes l'obligation de mettre en place un dispositif de signalement « *facilement accessible et visible* » pour les internautes (article 6 I., 7 alinéa 3 de la LCEN³⁴¹), ce qui, en pratique, n'est pas toujours le cas³⁴². Mais à ce jour, la violation de cette obligation, qui est sanctionnée pénalement³⁴³, ne donne guère lieu à des poursuites pénales³⁴⁴. De plus et surtout, il doit être précisé qu'un tel signalement n'a aucune incidence directe sur l'engagement de la responsabilité de l'hébergeur du fait d'un contenu illicite, dès lors que seule une notification, soumise à un formalisme très exigeant (voir article 6 I., 5 de la LCEN³⁴⁵), emporte présomption d'acquisition de la connaissance du caractère illicite du contenu par le prestataire³⁴⁶. Pour la CNCDH, il convient d'initier une réflexion sur les conséquences juridiques des signalements. A cet égard, il pourrait être envisagé de renforcer les responsabilités civile et pénale de l'hébergeur en cas d'inaction à la suite d'un nombre significatif de signalements d'un contenu haineux manifestement illicite³⁴⁷. Bien évidemment, ces nouvelles obligations n'ont pas pour objet de freiner les libertés d'expression, d'innovation et d'entreprendre.

20. En troisième lieu, ainsi qu'il vient d'être précisé, les usagers ont, au-delà du signalement, la faculté de notifier à l'hébergeur les faits litigieux. Ce n'est d'ailleurs que dans l'hypothèse d'une notification régulière que les contenus illicites sont présumés connus de l'hébergeur et permettent d'engager sa responsabilité (article 6 I., 5 de la LCEN)³⁴⁸. Cette formalité, qui requiert notamment une qualification juridique des faits litigieux et

moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible ».

³⁴¹ Article 6 I., 7 alinéa 3 de la LCEN : « *Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie infantine, les personnes mentionnées ci-dessus (hébergeurs et fournisseurs d'accès) doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-23 du code pénal.*

A ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données ».

³⁴² La Cour d'appel de Paris a jugé que le dispositif mis en place pour porter à la connaissance de Twitter les contenus illicites n'est pas suffisamment visible et accessible (CA Paris 12 juin 2013, *UEJF c. Twitter Inc. (Sté)*, n° 13/06106, *Rec. Dalloz* 2013, p. 1614, note C. Manara ; *RSC* 2013, p. 566, obs. J. Francillon).

³⁴³ Aux termes de l'article 6 VI., 1 de la LCEN, la peine encourue est d'un an d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

³⁴⁴ J. Huet et E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, op. cit., p. 130.

³⁴⁵ Article 6 I., 5 de la LCEN : « *La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 (les hébergeurs) lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :*

- *la date de la notification ;*
- *si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;*
- *les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;*
- *la description des faits litigieux et leur localisation précise ;*
- *les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;*
- *la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté ».*

³⁴⁶ Voir TGI Paris 3^{ème} chbre 13 janvier 2011, *Légipresse* 2011, p. 213.

³⁴⁷ Dans ce sens J.-B. Souffron (Secrétaire général du CNNum), *Audition du 3 février 2015*.

³⁴⁸ Voir Cass. 1^{ère} civ. 17 février 2011, *Rec. Dalloz* 2011, p. 1113, note C. Manara, qui énonce que « *la notification délivrée au visa de la loi du 21 juin 2004 doit comporter l'ensemble des mentions prescrites par ce texte* ». Elle considère ensuite que « *la Cour d'appel, qui a constaté que les informations énoncées à la mise en demeure étaient insuffisantes au sens de l'article 6-1-5 de cette loi à satisfaire à l'obligation de décrire et de localiser les faits litigieux mis à la charge du notifiant (...) a pu en déduire qu'aucun manquement à l'obligation de promptitude à retirer le contenu illicite ou à en interdire l'accès ne pouvait être reproché à l'hébergeur* ».

l'identification précise de l'hébergeur, est bien difficile à réaliser par des non-juristes souvent très démunis³⁴⁹. Ce sont donc les associations qui prennent le relais, alors que chaque citoyen devrait être mis en mesure de procéder seul et facilement à une « notification LCEN ». Pour la CNCDH, il est donc urgent de procéder à une simplification et à une standardisation de ces différents dispositifs (signalement et notification)³⁵⁰, qui doivent non seulement organiser un mécanisme « d'accusé-réception »³⁵¹, mais encore impérativement mettre en relation les usagers avec les associations mandatées.

21. En quatrième et dernier lieu, l'article 6 II. de la LCEN relatif à l'identification des personnes ayant contribué à la création d'un contenu illicite n'organise aucune voie de droit au profit de l'utilisateur victime. Certes, l'article 6 I., 8 de la LCEN dispose que l'autorité judiciaire peut prescrire, en référé ou sur requête, au fournisseur d'hébergement ou, à défaut, au fournisseur d'accès, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne. Mais rien de tel n'est prévu au paragraphe II. Cette situation est extrêmement fâcheuse, dès lors que l'obtention de données d'identification peut s'avérer indispensable pour procéder à une notification LCEN ou engager une instance au fond. La CNCDH recommande donc instamment de compléter l'article 6 II. de la LCEN sur ce point.

C. DEFINIR ET METTRE EN ŒUVRE UNE POLITIQUE PENALE AMBITIEUSE ET VOLONTARISTE

22. Le coût élevé et la complexité des actes d'investigation³⁵², conjugués à l'indigence des moyens octroyés à la plateforme PHAROS, entravent considérablement l'efficacité de la réponse pénale apportée aux discours de haine sur internet. C'est pourquoi, afin de remédier à cette situation, l'État doit impérativement définir une politique pénale volontariste et ambitieuse et en consacrant des moyens suffisants, ce qui suppose la réalisation d'un certain nombre d'améliorations comme :

- la généralisation de l'enquête sous pseudonyme³⁵³, en l'entourant de toutes les garanties de protection des droits fondamentaux, de manière à pouvoir identifier les auteurs des contenus illicites en cas d'absence de coopération des hébergeurs ou de diffusion de tels contenus sur le réseau TOR ou dans le *dark net* ;
- le renforcement des coopérations européennes et internationales pour assurer la traçabilité et identifier les hébergeurs de sites diffusant des contenus illicites ;
- l'augmentation des moyens humains, techniques et matériels de la plateforme de signalement PHAROS³⁵⁴ et l'organisation de la traçabilité des signalements, le signalant devant être informé des suites judiciaires données à son signalement ;
- la mise en cohérence des plateformes de signalement afin d'en améliorer l'accessibilité, la visibilité et la fonctionnalité ;

³⁴⁹ C. Lefranc (LICRA), *Audition du 4 septembre 2014* ; J.-Y. Monfort, *Audition du 25 septembre 2014*.

³⁵⁰ Dans ce sens Conseil national du numérique 17 décembre 2013, *Avis n° 2013-6 sur les contenus et les comportements illicites en ligne*, en ligne sur : www.cnumerique.fr.

³⁵¹ Dans ce sens I. Falque-Pierrotin, *Audition du 21 janvier 2015*.

³⁵² Voir sur ce point I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 52.

³⁵³ Voir à cet égard la contribution de M. Quémener, in : CNCDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, *op. cit.* Voir également Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 237 et 238.

³⁵⁴ Dans ce sens, voir déjà CNCDH, *Rapport 2010*, *op. cit.*, p. 165.

- la systématisation aux niveaux national et local du partage d'informations dans le cadre de réunions régulières regroupant les acteurs institutionnels, les entreprises de l'internet et la société civile, afin de mener une action coordonnée en matière de lutte contre les discours de haine et d'offrir une meilleure lisibilité à l'action publique³⁵⁵ ;
- la mobilisation des parquets par le biais d'instructions générales et de circulaires fixant une stratégie claire d'action publique pour la poursuite des infractions racistes, antisémites et xénophobes³⁵⁶, enjoignant notamment aux procureurs de requérir la publication judiciaire sur internet des décisions de condamnation³⁵⁷ ;
- la mobilisation des alternatives aux poursuites avec la création de modules spécifiques intégrant les discours de haine sur internet dans le cadre des stages de citoyenneté³⁵⁸, ainsi que la mobilisation des alternatives à l'emprisonnement avec la création de tels modules dans le cadre des programmes de prévention de la récidive prévus, notamment, pour les personnes condamnées à une peine de contrainte pénale³⁵⁹ ;
- la création de modules spécifiques intégrant les discours de haine sur internet dans le cadre des mesures dites de sanction-réparation³⁶⁰ ;
- l'extension du champ de compétence de la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI) et du fonds de garantie à toutes les infractions relatives aux abus de la liberté d'expression³⁶¹.

D. SOUTENIR ET VALORISER LE SAVOIR-FAIRE ASSOCIATIF

23. La CNCDH recommande une mobilisation plus forte des autorités publiques afin de mieux lutter contre les discours de haine constitutifs d'une infraction pénale ou susceptibles d'engager la responsabilité civile. Les associations sont actuellement submergées en raison du peu d'engagement de l'État et disposent de trop peu de moyens pour initier des procédures complexes et coûteuses³⁶². Elles ne sont donc pas en mesure de réduire l'asymétrie des pouvoirs existant entre les victimes démunies et les sociétés commerciales, prestataires de l'internet. Par conséquent, la CNCDH se doit de saluer le travail considérable et le dévouement exemplaire du secteur associatif. Elle ne peut qu'inviter les pouvoirs publics à valoriser le savoir-faire associatif et à prévoir des financements permettant à ces structures de remplir leurs missions dans de bonnes conditions. Enfin, la médiation culturelle et la prévention spécialisée doivent être encouragées et soutenues par les pouvoirs publics.

³⁵⁵ Dans ce sens I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 48 ; L. Charef (CCIF), *Audition du 16 décembre 2014*.

³⁵⁶ Dans ce sens Y. Charpenel, *Audition du 11 septembre 2014*.

³⁵⁷ Dans ce sens voir déjà CNCDH, *Rapport 2010, op. cit.*, p. 165 et 166.

³⁵⁸ Article 41-1 2° du code de procédure pénale.

³⁵⁹ Article 131-8-2 du code pénal et articles 713-42 et suivants du code de procédure pénale.

³⁶⁰ Articles 131-3, 8° du code pénal et 12-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 *relative à l'enfance délinquante*.

³⁶¹ Dans ce sens S. Goldman, *op. cit.*, p. 177.

³⁶² Il est utile de rappeler que les auteurs de contenus illicites et les hébergeurs sont souvent localisés à l'étranger, ce qui impose d'engager des voies de droit dans le pays où ils résident ou celui du lieu du siège social. En outre, une capture d'écran n'est pas une preuve suffisante. Pour engager une procédure en justice, il est nécessaire de faire procéder à un constat d'huissier du contenu illicite sur internet (voir à ce sujet S. Goldman, *op. cit.*, p. 176).

III. DISPOSER D'UNE INSTANCE REACTIVE ET INNOVANTE DE REGULATION DU WEB

24. L'État doit pleinement investir le champ de la lutte contre les discours de haine sur internet par une présence forte, spécialisée et cohérente, seule à même de reconquérir sa souveraineté en la matière. Cela est d'autant plus impératif que la prolifération des discours de haine sur la toile est de nature à engendrer un contentieux de masse. Il est donc nécessaire de disposer d'une instance susceptible d'agir préventivement et d'apporter une réponse rapide et adaptée. C'est pourquoi la CNCDH recommande de confier à une autorité administrative indépendante (AAI), existante³⁶³ ou à créer, une mission générale de protection des droits et libertés du numérique. Une telle structure devrait être réactive et innovante, à l'image de son objet : le monde numérique. Tout en étant parfaitement consciente de la tendance actuelle préconisant un effort d'économie et de rationalisation des AAI³⁶⁴, la CNCDH est néanmoins convaincue qu'une telle institution se justifie pleinement. En effet, l'objectif est de restaurer la présence des pouvoirs publics sur le web, suivant une logique de dépénalisation, l'autorité judiciaire ne devant intervenir que subsidiairement, en cas d'échec de la réponse apportée par l'AAI³⁶⁵. A ce propos, il doit être précisé que cette priorité donnée à l'efficacité de la réponse administrative n'induit pas une décriminalisation, dès lors que les qualifications délictuelles subsistent. En effet, comme cela a déjà été précisé, il n'est pas ici question d'abroger les infractions relatives aux abus de la liberté d'expression.

A. METTRE FIN AU DESORDRE INSTITUTIONNEL PAR LA CREATION D'UN INTERLOCUTEUR UNIQUE, INDEPENDANT ET IMPARTIAL

25. Il n'existe à ce jour ni délégation interministérielle, ni autorité administrative indépendante qui fasse office d'instance de référence en matière de cybercriminalité³⁶⁶. La CNCDH ne peut que constater, dans la continuité du rapport Robert, l'éparpillement des structures, des initiatives et des partenariats conclus entre les pouvoirs publics et certains prestataires privés³⁶⁷. Cette parcellisation de l'intervention étatique fait le jeu des mauvaises volontés des sociétés commerciales revendiquant leur extranéité, au détriment de celles qui se soumettent de bon gré aux obligations légales leur incombant. Il est

³⁶³ Il existe au moins trois autorités administratives qui pourraient voir leur compétence élargie : le CSA, la HADOPI ou la CNIL.

³⁶⁴ Dans ce sens voir *Rapport d'information du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale sur les autorités administratives indépendantes*, Tome I., octobre 2010 ; *Rapport d'information de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur les autorités administratives indépendantes*, juin 2014.

³⁶⁵ Sur la dépénalisation, voir C. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan 2000 ; H. Jung, *Was ist Strafe ?*, Nomos 2002, p. 68 et s.

³⁶⁶ Voir Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 138 et s. : « Si, s'agissant du développement de l'économie numérique et de la lutte contre la fracture numérique, ils sont assurés par un département ministériel spécifique, la Délégation interministérielle à l'intelligence économique et la Délégation aux usages de l'Internet ; si, s'agissant de la cybersécurité, elle est confiée au Secrétariat général de la Défense, placé directement sous l'égide du Premier ministre ; si, concernant la sécurité technologique et la réponse technique aux cyber-attaques, ils relèvent, du moins pour les entreprises considérées comme sensibles, de l'Autorité nationale de la sécurité des systèmes informatiques (ANSSI), elle aussi placée sous la responsabilité du Premier ministre ; il n'y a pas d'organisation comparable pour la lutte contre la cybercriminalité, partagée entre la police et la justice et de nombreuses administrations spécialisées, tandis que les autorités administratives indépendantes existantes, dont la compétence est souvent limitée à un secteur particulier (protection des données nominatives, jeux en ligne, protection des droits d'auteur...), n'ont pas vocation à jouer un rôle fédérateur ».

³⁶⁷ Dans ce sens M. Robert, *Audition du 3 décembre 2014*.

inadmissible que des considérations purement économiques puissent l'emporter sur l'intérêt général qui commande de lutter efficacement contre la cybercriminalité et, partant, contre la prolifération des discours de haine sur la toile³⁶⁸. En conséquence, il est, pour la CNCDH, urgent de créer un seul et unique point de contact pour tous les acteurs du web, institutionnels et non-institutionnels. La régulation publique, sous la forme d'un interlocuteur unique et indépendant chargé d'assurer la protection-prévention auprès des internautes et de faire respecter un socle d'obligations uniformes aux usagers et aux entreprises, s'impose comme la solution la plus adaptée.

26. Par ailleurs et surtout, la CNCDH entend rappeler que la préservation de l'intérêt général ne saurait autoriser la mise en place d'un dispositif de « censure privée » dans lequel le prestataire technique serait seul dépositaire d'un pouvoir de suppression sans possibilité de recours³⁶⁹. Il ne doit évidemment pas plus être question d'instaurer un système étatique de contrôle *a priori* des contenus postés sur le web comme cela est pratiqué dans des régimes autoritaires ou dictatoriaux³⁷⁰. Une telle option, qui porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et au droit au respect de la vie privée, conduirait inéluctablement à la disparition de l'internet³⁷¹. Dans ces conditions, la mise en balance de la protection de la liberté d'expression et de la protection de l'intérêt général appelle le contrôle impartial et *a posteriori* d'une instance indépendante seule à même de préserver un équilibre subtil entre ces deux principes. L'apparence d'impartialité et d'indépendance pourrait être garantie par une composition pluraliste de l'AAI réunissant en son sein des représentants de la société civile (associations et ONG), des représentants des prestataires commerciaux et des professionnels de la justice.

B. INSTAURER UNE MISSION ANNUELLE D'ÉVALUATION DES POLITIQUES PUBLIQUES DE LUTTE CONTRE LA PROLIFÉRATION DES DISCOURS DE HAINE SUR INTERNET

27. L'AAI proposée pourrait parfaitement venir s'ancrer dans le paysage institutionnel à côté d'une délégation interministérielle, qu'il s'agisse d'une nouvelle délégation à créer ayant compétence générale en matière de cybercriminalité³⁷² ou encore de la délégation interministérielle à la lutte contre le racisme ou l'antisémitisme (DILCRA) qui développe déjà à ce jour des missions innovantes dans le cadre de la lutte contre le racisme sur internet³⁷³. Pour la CNCDH, l'AAI pourrait faire office d'évaluateur indépendant des politiques publiques que la délégation interministérielle aurait vocation à mettre en œuvre. La séparation classique des fonctions acteur/évaluateur requiert nécessairement une organisation bicéphale. Cette mission d'évaluation de l'action publique pourrait notamment se concrétiser par la publication annuelle d'un rapport.

³⁶⁸ Article 6 I., 7 de la LCEN.

³⁶⁹ Voir Conseil d'État, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p. 225 et s.

³⁷⁰ Voir P. Achilléas, « Internet et libertés », *op. cit.*, n° 38.

³⁷¹ Dans ce sens P. Mbongo, *Audition du 23 octobre 2014*.

³⁷² Voir la recommandation n° 7 du *Rapport Robert* relative à la création d'une Délégation interministérielle à la lutte contre la cybercriminalité (Groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, *op. cit.*, p. 141).

³⁷³ Voir à cet égard la contribution de la DILCRA, in : CNCDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, *op. cit.*

C. CREER UN OBSERVATOIRE DES DISCOURS DE HAINE SUR INTERNET

28. L'AAI pourrait, de par sa position privilégiée et un dialogue entretenu auprès des entreprises, des internautes et des pouvoirs publics, faire office d'observatoire, pour mieux appréhender les manifestations de la haine sur la toile, leurs évolutions et les dispositifs de lutte. Cette observation serait notamment alimentée par les bilans qualitatifs et quantitatifs de la plateforme PHAROS, par la réalisation d'enquêtes de victimation ou d'études et de recherches dirigées par un collège scientifique, mais aussi par la création d'une cellule de veille. De manière à rendre le travail de l'observatoire opérationnel, les différents acteurs concernés, publics et privés, se verraient imposer une obligation de rendre compte des mesures et dispositifs mis en œuvre. L'AAI pourrait dans ce cadre centraliser les informations émanant des prestataires privés portant sur les activités illicites et les moyens consacrés à la lutte contre ces dernières, comme cela est exigé à l'article 6 de la LCEN³⁷⁴. Ce suivi opéré par l'autorité indépendante aurait pour mérite de capitaliser une connaissance fine des phénomènes et d'examiner en profondeur les dispositifs de lutte mis en place par les entreprises commerciales. En conséquence, la CNCDH recommande une évaluation annuelle du respect par les prestataires privés de leurs obligations légales, laquelle participerait à accroître la visibilité et *in fine*, par le levier de « l'image de marque » et l'effet de nivellement vers le haut, l'effectivité du dispositif de lutte contre les discours de haine. Une labellisation des sites respectueux des droits et libertés fondamentaux est aussi à envisager³⁷⁵.

D. DEVELOPPER DES PARTENARIATS POUR L'ELABORATION D'UN SOCLE NORMATIF COHERENT ET HOMOGENE

29. Dans une approche privilégiant le partenariat et le dialogue plutôt que la confrontation, l'AAI pourrait entreprendre une action de co-régulation auprès des prestataires privés³⁷⁶. L'édiction de règles mutuellement acceptées est un gage de meilleure efficacité, lorsqu'elles sont négociées avec un interlocuteur unique.

30. En premier lieu, des partenariats pourraient porter sur l'élaboration de conditions générales d'utilisation conformes au droit en vigueur et respectueuses des droits et libertés fondamentaux³⁷⁷. Ces dernières sont malheureusement souvent opaques et difficiles d'accès. Pour une meilleure garantie de la liberté d'expression, il est indispensable que les critères de retrait des contenus soient clarifiés et explicités dans des conditions générales d'utilisation claires et accessibles. La CNCDH se doit de rappeler que

³⁷⁴ Voir *supra*.

³⁷⁵ Il convient de noter, à titre d'exemple, le label « net+sûr », lancé par l'AFA en 2005, lequel a pour objet de garantir un outil de contrôle parental, un accès à des informations destinées à protéger les enfants, ainsi qu'un accès en un seul « clic » à un formulaire de signalement d'abus (voir : <http://www.afa-france.com/netplussur.html>).

³⁷⁶ Voir E. Dérieux, « Régulation de l'internet », *op. cit.*, p. 98, qui écrit : « Une quelconque forme d'autorégulation ou de référence à l'éthique ou la déontologie est-elle envisageable pour discipliner les usages de l'internet que se partagent professionnels et amateurs ? Ne servirait-elle pas surtout à l'autodéfense et à l'autojustification de certains ? Les préoccupations économiques et les intérêts industriels ne risqueraient-ils pas de l'emporter sur tout le reste ? ».

³⁷⁷ On peut à cet égard citer la Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques de l'association des fournisseurs d'accès et de services Internet (AFA), dite « charte contenus odieux », signée en juin 2004, dans le même temps que la promulgation de la LCEN (voir : http://www.afa-france.com/charte_contenusodieux.html).

le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une *Recommandation sur un guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet*, aux termes de laquelle « *les droits de l'homme, universels et indivisibles, et les normes pertinentes en matière de droits de l'homme, priment sur les conditions générales d'utilisation imposées par les acteurs du secteur privé aux utilisateurs d'internet* »³⁷⁸.

31. En second lieu, des partenariats pourraient être destinés à l'adoption de chartes portant sur la définition des règles éditoriales des sites voire sur la mise en cohérence des différentes plateformes de signalement des contenus illicites qui se développent à ce jour de manière totalement désordonnée. La CNCDH insiste sur l'importance de travailler à l'élaboration d'un socle normatif cohérent et homogène pour l'ensemble des professions du numérique, contrairement à ce qui prévaut actuellement du fait de l'intervention parcellisée de l'État. Il est en effet peu compréhensible, contreproductif et qui plus est anticoncurrentiel que certaines entreprises, tirant profit de leur puissance économique, puissent négocier des obligations au rabais, voire se soustraire à toute obligation, quand d'autres s'y astreignent. En aucun cas, cette démarche partenariale ne saurait s'apparenter à une résignation de l'État devant les acteurs économiques.

E. DIVERSIFIER ET INDIVIDUALISER LES REPONSES APORTEES AUX DISCOURS DE HAINE SUR INTERNET

32. Le droit souple a ses limites que la règle de droit contraignante doit alors venir suppléer, au premier chef pour les abus de la liberté d'expression. D'emblée, la CNCDH ne saurait que trop rappeler les dangers d'une répression aveugle et « standardisée » en matière de discours de haine. En effet, la réponse se doit d'être adaptée au profil du contrevenant, la simple négligence du prestataire technique n'appelant pas la même réaction que la défiance caractérisée de la société étrangère refusant de se soumettre aux obligations françaises ; de même, l'écart verbal d'un internaute ne devrait emporter une sanction de même gravité qu'à l'égard du militant au discours de haine construit et réitéré. S'agissant d'un contentieux de masse, la CNCDH est d'avis qu'il est impératif de diversifier les réponses en privilégiant une approche graduée selon la gravité et le caractère répété des propos haineux allant de la dépénalisation au déclenchement des poursuites pénales. Dans cette perspective, l'AAI pourrait se voir confier toute une gamme de pouvoirs, et ainsi assortir les obligations incombant tant aux prestataires privés qu'aux internautes, de mécanismes à mêmes de prévenir et, seulement en cas d'échec, réprimer leurs violations. A cet égard, la CNCDH est très attachée à l'individualisation de la réponse, ce qui suppose de diversifier la palette d'outils à disposition de l'AAI qui pourrait procéder à :

- un avertissement du prestataire qui ne se conforme pas à ses obligations légales, notamment celles prévues à l'article 6 de la LCEN, un tel avertissement pouvant, le cas échéant, faire l'objet d'une diffusion en ligne et ainsi inciter le prestataire, soucieux de préserver son image de marque, à se plier aux exigences imposées par la loi ;
- un avertissement de l'utilisateur, celui-ci consistant à informer l'internaute de l'infraction commise et des sanctions encourues. Parallèlement, l'AAI pourrait développer une

³⁷⁸ Comité des ministres du Conseil de l'Europe 16 avril 2014, *Recommandation CM/Rec (2014) 6 sur un guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'internet*.

action de formulation de contre-discours, à l'instar de l'action développée par l'HADOPI en matière de protection du droit d'auteur, et ainsi proposer aux internautes, lorsque cela s'y prête, des alternatives aux raisonnements simplistes notamment par la diffusion d'indicateurs chiffrés³⁷⁹ ;

- une médiation entre les prestataires privés et les internautes, qu'ils soient auteurs ou victimes d'un contenu illicite. Dans une relation qui s'apparente trop souvent au combat entre David et Goliath, il convient d'apporter une protection à la partie économiquement faible. Il est à ce jour difficile pour l'internaute de faire valoir ses observations en cas de refus de retrait de contenu illicite, de silence du prestataire privé dûment notifié, ou encore de suppression de contenus considérée comme abusive ;
- la mise en demeure de l'hébergeur afin qu'il retire un contenu manifestement illicite ou qu'il republie un contenu licite ;
- la mise en demeure de l'hébergeur aux fins de communiquer les éléments d'identification de l'auteur d'un contenu illicite. En l'absence de réponse du prestataire, l'AAI pourrait saisir le juge en référé.

33. En outre, plusieurs auditions conduites à la CNCDH ont établi que les hébergeurs éprouvent parfois des difficultés à apprécier le caractère « manifestement illicite » d'un contenu³⁸⁰, alors même que la jurisprudence constitutionnelle leur impose de retirer les contenus ainsi qualifiés³⁸¹. Aussi, l'AAI pourrait-elle se voir confier une mission de veille juridique, être saisie pour avis par les hébergeurs et gérer une « corbeille » destinées aux contenus suspects, c'est-à-dire un espace réservé au stockage temporaire de tels contenus dans l'attente d'une décision de justice. Elle pourrait parallèlement être habilitée à ordonner le déréférencement provisoire d'un contenu suspect.

34. Pour ce qui est du pouvoir de sanction éventuellement conféré à l'AAI, il doit s'exercer dans la limite des exigences constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel a, à plusieurs reprises, affirmé qu'une autorité administrative peut être investie par la loi d'un pouvoir de sanction, à condition qu'il soit exclusif de toute privation de liberté et que son exercice soit assorti de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis³⁸². Ce pouvoir de sanction est d'autant plus circonscrit, s'agissant particulièrement de la liberté d'expression et de communication, que celle-ci « *est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* ;

³⁷⁹ A titre d'exemple, on peut citer les « 10 chiffres clés sur l'immigration en France » publiés sur le site du gouvernement à l'occasion de l'inauguration du musée de l'histoire et de l'immigration en décembre 2014, lesquels réfutent les idées reçues sur le nombre d'immigrés en France, leur origine ou même leur niveau de qualification (voir : <http://www.gouvernement.fr/10-chiffres-qui-vont-vous-surprendre-sur-l-immigration-en-france>).

³⁸⁰ C. Gay et N. d'Arcy (AFA), *Audition du 9 octobre 2014*. Voir également O. Roux, « Le contenu manifestement illicite...n'est pas toujours évident », *RLDI* 2013, n° 95, p. 36 et s.

³⁸¹ Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC, considérant n° 9.

³⁸² Cons. const. 17 janvier 1989, n° 88-248 DC : « *la loi peut (...) sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* » (considérant n° 27) ; Cons. const. 28 juillet 1989, n° 89-260 DC : « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sa sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* » (considérant n° 6).

(...) les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »³⁸³. Partant, les Sages, rappelant que l'accès à internet fait partie intégrante de la liberté d'expression, ont invalidé le dispositif confié à la commission de protection des droits de l'HADOPI qui l'autorisait à suspendre, après mise en œuvre d'une procédure d'avertissement, l'accès au service internet de l'utilisateur contrevenant. Un tel pouvoir doit impérativement relever de l'autorité judiciaire³⁸⁴. Dans notre hypothèse, un juge pourrait très bien limiter l'accès à internet d'un titulaire d'abonnement, en statuant à bref délai sur saisine de l'AAI à la suite d'une mise en demeure infructueuse.

35. Quant au retrait d'un contenu par l'hébergeur, il porte atteinte à la libre circulation des informations et entrave la liberté d'expression. Il en est à plus forte raison de même pour ce qui est du blocage d'un site par un fournisseur d'accès³⁸⁵. En effet, toute restriction préalable à l'expression sur internet entraîne une présomption lourde d'incompatibilité avec l'article 10 de la CESDH³⁸⁶. C'est pourquoi, la CNCDH estime l'intervention d'un juge nécessaire pour ordonner et contrôler le retrait d'un contenu illicite et le blocage d'un site internet³⁸⁷, dès lors que ces mesures constituent des ingérences graves dans la liberté d'expression et de communication³⁸⁸. Plus précisément, un magistrat pourrait statuer en référé dans un délai bref de 48 ou 72 heures, sur saisine de l'AAI. Comme précédemment, l'intervention du juge doit nécessairement être subsidiaire, sa saisine devant avoir lieu après que l'éditeur ou l'hébergeur a été mis en demeure par l'AAI de retirer ou de republier le contenu litigieux.

³⁸³ Cons. const. 10 juin 2009, n°2008-580 DC : « Considérant que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilite la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ».

³⁸⁴ Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet

³⁸⁵ Le Conseil Constitutionnel a validé un dispositif de blocage administratif d'un site en matière de lutte contre la pédopornographie (Cons. const. 10 mars 2011, n°2011-625 DC : « les dispositions contestées ne confèrent à l'autorité administrative que le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services de communication au public en ligne lorsque et dans la mesure où ils diffusent des images de pornographie infantile ; que la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé ; que, dans ces conditions, ces dispositions assurent une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »).

³⁸⁶ Dans ce sens voir l'opinion concordante du juge Paulo Pinto de Albuquerque (sous Cour EDH 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, op. cit.) qui se réfère à l'affaire *Banatan Books, Inc. v. Sullivan* (372 U.S. 58 (1963)) : « Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity ».

³⁸⁷ Dans ce sens voir Assemblée nationale, Commission ad hoc de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, *Recommandation sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, qui rappelle que le « préalable d'une décision judiciaire apparaît comme un principe essentiel, de nature à respecter l'ensemble des intérêts en présence, lorsqu'est envisagé le blocage de l'accès à des contenus illicites sur des réseaux numériques. Non seulement ce préalable constitue une garantie forte de la liberté d'expression et de communication, mais il vise aussi à préserver la neutralité des réseaux ».

³⁸⁸ Voir dans ce sens Cons. const. 10 mars 2011, n° 2011-625 DC.

36. Pour la CNCDH le blocage d'un site doit intervenir en ultime et dernier recours, dès lors que cette mesure n'est pas techniquement fiable³⁸⁹, du fait de risques de surblocage et de contournement par duplication en chaîne du contenu illicite de site en site. Dans ces conditions, il est impératif d'agir en priorité à l'encontre de l'hébergeur. Ce n'est que si ce dernier est inconnu ou difficile à toucher, du fait de son établissement à l'étranger, que le fournisseur d'accès devra être attrait³⁹⁰.
37. Enfin, l'AAI pourrait se voir confier un rôle dans l'exécution et le suivi des décisions judiciaires de condamnation - des prestataires ou des internautes - qu'elle pourrait se charger de mettre en ligne. De manière à empêcher la nouvelle diffusion d'un contenu jugé illicite, elle pourrait surtout disposer du pouvoir d'imposer à tout prestataire d'en empêcher la réapparition ou la duplication. Toujours, dans le cadre de sa mission de suivi de l'exécution des décisions judiciaires, l'AAI pourrait être habilitée à constituer une liste de sites à bloquer soumise à validation de l'autorité judiciaire, tout en procédant à son actualisation régulière³⁹¹. Cette option a pour avantage considérable d'éviter la multiplication des signalements, des notifications LCEN³⁹² et, le cas échéant, d'instances couteuses et complexes.

IV. ADOPTER UN PLAN D'ACTION NATIONAL SUR L'EDUCATION ET LA CITOYENNETE NUMERIQUES

38. Une société de l'information réellement inclusive doit permettre à chacun d'acquérir les compétences nécessaires pour comprendre et interagir sur la toile, ainsi que cela découle des exigences du droit fondamental à l'éducation, reconnu notamment par l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁹³. Communiquer sur Internet est une liberté fondamentale, mais également une responsabilité qui nécessite un apprentissage³⁹⁴. Pour la CNCDH, un plan d'action national³⁹⁵, portant notamment sur l'éducation et la citoyenneté numériques, doit être impérativement engagé en réunissant les principaux ministères concernés (secrétariat d'État chargé du numérique, ministère de l'éducation nationale, ministère de l'intérieur, ministère de la justice, secrétariat d'État chargé de la famille), le Conseil national du numérique, les représentants du monde

³⁸⁹ Dans ce sens O. Esper, F. Maganza et T. Guiroy (Google France), *Audition du 25 septembre 2014*. Le Conseil national du numérique a défendu une position identique dans son avis récent sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme (*Avis n° 2014-3 sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur : www.cnumerique.fr).

³⁹⁰ Comp. Cass. 1^{ère} civ. 19 juin 2008, n° 07-12.244, qui estime que la prescription de mesures destinées à faire cesser un trouble n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des hébergeurs. Pourtant, l'article 6 I., 8 de la LCEN dispose que l'autorité judiciaire peut prescrire, en référé ou sur requête, au fournisseur d'hébergement « ou à défaut » au fournisseur d'accès, « toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ».

³⁹¹ Voir M. Imbert-Quaretta, *Les outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne. Rapport à Madame la Ministre de la culture et de la communication*, mai 2014, p. 23 et s.

³⁹² Notons que la Cour de cassation a jugé, au visa des articles 6 I., 2, 6 I., 5 et 6 I., 7 de la LCEN qu'une nouvelle notification respectant le formalisme de l'article 6 I., 5 précité, doit être réalisée à chaque réapparition du contenu illicite. Si les hébergeurs devaient, sans nouvelle notification, agir promptement en retirant ou rendant l'accès impossible à des contenus illicite (en l'espèce, une image contrefaisante), cela aboutirait à leur imposer une obligation générale de surveillance (Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2012, n° 11-151.165 et 11-151.188).

³⁹³ P. Achilléas, « Une société mondiale de l'information inclusive comme préalable à la formation des opinions publiques », in : A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique, op. cit.*, p. 121.

³⁹⁴ Dans ce sens P. Schmidt (INACH), *Audition du 4 septembre 2014*.

³⁹⁵ Voir Conseil économique, social et environnemental (CESE) 13 janvier 2015, *op. cit.*, p. 72 qui appelle le Gouvernement à faire de l'éducation au numérique la « grande cause nationale de 2016 ».

enseignant et de la famille, le secteur associatif, les acteurs du web et les usagers de la toile. Ce plan d'action pourrait porter sur :

- la promotion des « *digital humanities* » par le soutien de l'innovation dans le sens de la création de nouvelles procédures de participation et de délibération pour renforcer la citoyenneté³⁹⁶ ;
- la valorisation d'une parole libre et responsable par la définition de codes de bonnes conduites à destination des usagers du web ;
- la réalisation de campagnes d'informations généralistes (TV/internet) sur la prévention des discours de haine³⁹⁷ ;
- la réalisation d'actions de sensibilisation et d'information à l'égard des parents afin de les rendre vigilants quant à leur mission éducative en matière de citoyenneté numérique et quant à leur propre responsabilité pour les usages que font leurs enfants de l'internet³⁹⁸. La CNCDH est d'autant plus attachée à cette recommandation que les jeunes générations maîtrisent souvent bien mieux l'outil informatique et les nouvelles technologies que les anciennes générations³⁹⁹ ;
- l'intégration dans les programmes de l'éducation nationale d'une formation spécifique à l'internet et à son usage civique, et, plus généralement, aux codes de bonnes conduites à adopter⁴⁰⁰ ;
- la mobilisation de l'éducation nationale et des acteurs de la société civile dans le sens d'un usage éclairé de l'internet de manière à permettre aux jeunes et aux moins jeunes de faire le tri entre les bonnes et les mauvaises informations et ce afin qu'ils puissent se forger, en toute indépendance, leur propre conviction ;
- la réalisation d'outils pédagogiques destinés à tous les publics concernés (usagers, parents, enfants, enseignants, etc.) ;
- le renforcement des capacités d'action et des synergies entre les associations mobilisées dans la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, notamment par l'octroi d'une subvention spécifique⁴⁰¹ ;
- la définition et le développement avec la société civile de « contre-discours » à l'égard des jeunes et des moins jeunes⁴⁰². A cet égard, la CNCDH se doit de saluer les initiatives dynamiques et innovantes telles que la campagne « *Pousse ton cri* » où un collectif d'associations (la LICRA, le MRAP, SOS Racisme et l'UEJF) a invité les internautes, jeunes et moins jeunes, à exprimer spontanément leur rejet de la haine dans des vidéos mises en ligne.

³⁹⁶ Dans ce sens M. Wieviorka, *op. cit.*, p. 41.

³⁹⁷ Dans ce sens voir déjà I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁸ Voir I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 55.

³⁹⁹ Voir à ce sujet S. Octobre (Ministère de la Culture et de la Communication / Secrétariat général / Département des études, de la prospective et des statistiques), *Deux pouces et des neurones. Les cultures juvéniles de l'ère médiatique à l'ère numérique*, La documentation française 2014.

⁴⁰⁰ Voir I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁰¹ Voir déjà I. Falque-Pierrotin, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁰² Lors des auditions conduites à la CNCDH, la Quatradure du Net (J. Zimmermann, *Audition du 2 octobre 2014* ; F. Tréguer, *Audition du 9 octobre 2014*) et Renaissance numérique (G. Buffet, *Audition du 2 octobre 2014*) ont tout particulièrement insisté sur la nécessité de la définition de tels contre-discours. Cette question a également été abordée par P. Cartes (Twitter) et D. Reyre (Facebook France) lors des auditions du 2 octobre 2014.

SYNTHESE DES PRINCIPALES RECOMMANDATIONS

Recommandation n° 1 : La CNCDH recommande aux pouvoirs publics l'amélioration des instruments permettant de connaître l'ampleur de la prolifération des discours de haine sur internet, notamment par la mise en place d'outils statistiques, avec une ventilation spécifique des infractions commises sur ou via l'internet, et le financement de la recherche en la matière.

Recommandation n° 2 : La CNCDH recommande à l'État d'entreprendre une action diplomatique forte pour faire signer et ratifier par les États hébergeant des sites diffusant des discours de haine le protocole additionnel n° 189 à la Convention cybercriminalité du Conseil de l'Europe spécifiquement dédié au racisme et à l'antisémitisme.

Recommandation n° 3 : La CNCDH recommande de définir le champ d'application territorial de l'article 6 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN), ses dispositions devant s'appliquer à toute entreprise exerçant une activité économique sur le territoire français.

Recommandation n° 4 : La CNCDH recommande à l'Etat de dynamiser l'industrie du numérique française et de soutenir l'innovation en cette matière. Une politique de responsabilisation des entreprises dans le sens du respect des droits de l'homme, notamment de la conception française de la liberté d'expression, est en outre indispensable dans le contexte actuel.

Recommandation n° 5 : La CNCDH recommande aux pouvoirs publics de valoriser le savoir-faire associatif et de prévoir des financements permettant à ces structures de remplir leur mission de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie dans de bonnes conditions matérielles.

Recommandation n° 6 : La CNCDH recommande solennellement le maintien de toutes les infractions relatives aux abus de la liberté d'expression dans la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse*.

Recommandation n° 7 : La CNCDH recommande certaines améliorations législatives en vue de mieux lutter contre la prolifération des discours de haine sur internet par des internautes non professionnels et de faciliter l'accès des victimes à la justice, à savoir :

- améliorer la clarté et la lisibilité des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, notamment préciser et actualiser les notions d'espace public et d'espace privé dans le web 2.0, au regard des nouvelles formes de communautés et de réseaux numériques ;
- envisager la numérisation des procédures (notamment des assignations et significations) ; simplifier et faciliter les procédures de référé, notamment par la création d'un référé numérique (plutôt que le maintien de différents référés en la matière). De manière générale, il est urgent de clarifier et simplifier la chaîne procédurale allant des dispositifs de signalement et de notification LCEN (standardisation de ces dispositifs / mise en relation des usagers avec les associations mandatées / amélioration de la qualité des signalements / accusé de réception), jusqu'à la possibilité de déposer plainte en ligne ;

- prévoir un droit de réponse sur internet au profit des associations antiracistes ;
- donner au juge le pouvoir d'ordonner la suspension du fonctionnement d'un site, à l'instar de la possibilité de suspension d'un journal pour 3 mois en cas de provocation à la haine raciale ;
- donner au juge le pouvoir d'ordonner l'arrêt d'un service de communication en ligne pour toutes les infractions relatives aux abus de la liberté d'expression ;
- initier une réflexion sur la pertinence de l'augmentation du délai de prescription ;
- envisager la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales, en dehors des organes de presse.

Recommandation n° 8 : La CNCDH recommande de clarifier et de mieux distinguer, parmi les prestataires de l'internet, ceux qui jouent un rôle actif sur les contenus mis en ligne, notamment par le biais de services de référencement ou de classements, voire de recommandations personnalisées aux internautes. Pour la CNCDH ces derniers devraient, dès lors que les contenus présentent un caractère ubiquitaire, se voir appliquer un régime de responsabilité renforcée en étant soumis à des obligations, elles aussi renforcées, comme :

- une obligation de détection préventive (proactive) des actes illicites à la charge de ces prestataires, ceux-ci étant techniquement outillés pour détecter les contenus illégaux ;
- une obligation corrélative d'information rapide des autorités publiques et de coopération avec celles-ci pour permettre d'identifier et d'atteindre les auteurs d'infractions d'expression publique de haine.

Recommandation n° 9 : La CNCDH recommande d'initier une réflexion sur les conséquences juridiques des signalements réalisés sur le fondement de l'article 6 I., 7 de la LCEN. A cet égard, il pourrait être envisagé de renforcer les responsabilités civile et pénale de l'hébergeur en cas d'inaction à la suite d'un nombre significatif de signalements d'un contenu haineux manifestement illicite. Bien évidemment, ces nouvelles obligations n'ont pas pour objet de freiner les libertés d'expression, d'innovation et d'entreprendre.

Recommandation n° 10 : La CNCDH recommande de consacrer à l'article 6 II. de la LCEN la possibilité pour l'utilisateur de demander au juge, sur requête ou en référé, la délivrance de données d'identification des personnes ayant contribué à la création d'un contenu illicite.

Recommandation n° 11 : La CNCDH recommande aux pouvoirs publics de définir et mettre en œuvre une politique répressive volontariste contre les discours de haine sur internet, ce qui suppose la réalisation d'un certain nombre d'améliorations comme :

- la généralisation de l'enquête sous pseudonyme, en l'entourant de toutes les garanties de protection des droits fondamentaux, de manière à pouvoir identifier les auteurs des contenus illicites en cas d'absence de coopération des hébergeurs ou de diffusion de tels contenus sur le réseau TOR ou dans le *dark net* ;
- le renforcement des coopérations européennes et internationales pour assurer la traçabilité et identifier les hébergeurs de sites diffusant des contenus illicites ;

- l'augmentation des moyens humains, techniques et matériels de la plateforme de signalement PHAROS et l'organisation de la traçabilité des signalements, le signalant devant être informé des suites judiciaires données à son signalement ;
- la mise en cohérence des plateformes de signalement afin d'en améliorer la visibilité et la fonctionnalité ;
- la systématisation aux niveaux national et local du partage d'informations dans le cadre de réunions régulières regroupant les acteurs institutionnels, les prestataires de l'internet et la société civile, afin de mener une action coordonnée en matière de lutte contre les discours de haine et d'offrir une meilleure lisibilité à l'action publique ;
- la mobilisation des parquets par le biais d'instructions générales et de circulaires fixant une stratégie claire d'action publique pour la poursuite des infractions racistes, antisémites et xénophobes, enjoignant notamment aux procureurs de requérir la publication judiciaire des décisions de condamnation ;
- la mobilisation des alternatives aux poursuites avec la création de modules spécifiques intégrant les discours de haine sur internet dans le cadre des stages de citoyenneté, ainsi que la mobilisation des alternatives à l'emprisonnement avec la création de tels modules dans le cadre des programmes de prévention de la récidive prévus, notamment, pour les personnes condamnées à une peine de contrainte pénale ;
- la création de modules spécifiques intégrant les discours de haine sur internet dans le cadre des mesures dites de sanction-réparation ;
- l'extension du champ de compétence de la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (C.I.V.I.) et du fonds de garantie à toutes les infractions relatives aux abus de la liberté d'expression.

Recommandation n° 12 : La CNCDH recommande qu'une autorité administrative indépendante (AAI), flexible, réactive et innovante, se voie confier les missions suivantes :

- une première réponse individuelle après signalement d'un contenu illicite ;
 - le développement de partenariats avec les prestataires privés pour l'élaboration de chartes (portant notamment sur les règles éditoriales des sites ou la mise en cohérence des plateformes de signalement) ou de conditions générales d'utilisation conformes au droit en vigueur et respectueuses des droits et libertés fondamentaux ;
 - un rôle d'observatoire afin de mieux appréhender les manifestations de la haine sur la toile, leurs évolutions et les dispositifs de lutte ;
 - une mission de veille juridique. L'AAI pourrait ainsi être saisie pour avis par les hébergeurs, en cas de doute sur le caractère illicite d'un contenu, et gérer une « corbeille » destinées aux contenus suspects, c'est-à-dire un espace réservé au stockage temporaire de tels contenus dans l'attente d'une décision de justice ;
 - un rôle d'évaluateur des politiques publiques menées en matière de lutte contre les discours de haine sur internet par la publication annuelle d'un rapport ;
 - une mission de labellisation des sites respectueux des droits et libertés fondamentaux.

Recommandation n° 13 : La CNCDH recommande de graduer les réponses en rappelant son attachement à leur individualisation, ce qui impose de diversifier la palette d'outils à disposition de l'AAI qui pourrait procéder :

- à un avertissement du prestataire qui ne se conforme pas à ses obligations légales, notamment celles prévues à l'article 6 de la LCEN, un tel avertissement pouvant, le

- cas échéant, faire l'objet d'une diffusion en ligne et ainsi inciter le prestataire, soucieux de préserver son image de marque, à se plier aux exigences imposées par la loi ;
- à un avertissement de l'utilisateur en informant l'internaute de l'infraction commise et des sanctions encourues ;
 - à une médiation entre les prestataires privés et les internautes ;
 - à la mise en demeure de l'hébergeur, aux fins de retrait d'un contenu manifestement illicite ou de republication d'un contenu licite ;
 - à la mise en demeure de l'hébergeur aux fins de communiquer les éléments d'identification de l'auteur d'un contenu illicite. En l'absence de réponse du prestataire, l'AAI pourrait saisir le juge des référés aux mêmes fins ;
 - au déréféré provisoire d'un contenu suspect après signalement ;
 - à la saisine du juge des référés aux fins de suspension de l'accès au service internet d'un usager contrevenant, après mise en demeure restée infructueuse ;
 - à la saisine du juge des référés aux fins de retrait d'un contenu illicite par un hébergeur, après mise en demeure restée infructueuse ;
 - à la saisine du juge des référés aux fins de blocage d'un site par un fournisseur d'accès, étant précisé que du fait de difficultés techniques, il doit être recouru à cette mesure en ultime et dernier recours.

Recommandation n° 14 : La CNCDH recommande que l'AAI ait un rôle dans l'exécution et le suivi des décisions judiciaires de condamnation qu'elle pourrait se charger de mettre en ligne. De manière à empêcher la nouvelle diffusion d'un contenu jugé illicite, elle pourrait surtout disposer du pouvoir d'imposer à tout prestataire d'en empêcher la réapparition ou la duplication. Toujours, dans le cadre de sa mission de suivi de l'exécution des décisions judiciaires, l'AAI pourrait être habilitée à constituer une liste de sites à bloquer soumise à validation de l'autorité judiciaire, tout en procédant à son actualisation régulière.

Recommandation n° 15 : La CNCDH recommande l'adoption d'un plan d'action national, portant notamment sur l'éducation et la citoyenneté numériques, en réunissant les principaux ministères concernés (secrétariat d'État chargé du numérique, ministère de l'éducation nationale, ministère de l'intérieur, ministère de la justice, secrétariat d'État chargé de la famille), le Conseil national du numérique, les représentants du monde enseignant et de la famille, le secteur associatif, les acteurs du web et les usagers de la toile. Ce plan d'action pourrait porter sur :

- la promotion des « *digital humanities* » par le soutien de l'innovation dans le sens de la création de procédures de participation et de délibération nouvelles pour renforcer la citoyenneté ;
- la valorisation d'une parole libre et responsable par la définition de codes de bonnes conduites à destination des usagers du web ;
- la réalisation de campagnes d'informations généralistes (TV/internet) sur la prévention des discours de haine ;
- la réalisation d'actions de sensibilisation et d'information à l'égard des parents afin de les rendre vigilants quant à leur mission éducative en matière de citoyenneté numérique et quant à leur propre responsabilité pour les usages que font leurs enfants de l'internet ;

- l'intégration dans les programmes de l'éducation nationale d'une formation spécifique à l'internet et à son usage civique, et, plus généralement, aux codes de bonnes conduites à adopter ;
- la réalisation d'outils pédagogiques destinés à tous les publics concernés (usagers, parents, enfants, enseignants, *etc.*) ;
- le renforcement des capacités d'action et des synergies entre les associations mobilisées dans la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, notamment par l'octroi d'une subvention spécifique ;
- la définition et le développement avec la société civile de « contre-discours » à l'égard des jeunes et des moins jeunes.

Opinion on the fight against online hate speech

Plenary meeting of 12 February 2015

(Unanimously adopted)

1. In 2004, the CNCDH devoted a significant chapter of its annual report to the fight against racism, anti-Semitism and xenophobia and to dealing with such matters on the Internet⁴⁰³, placing particular importance on combating hate speech in order to maintain social cohesion and civil peace. Ten years later, the proliferation of hateful content on the web, which is regularly fuelled by social tension and the crisis of citizenship⁴⁰⁴, is becoming a matter of great concern, representing a source of growing conflict between groups and communities challenging the democratic notion of 'peaceful coexistence'. Hate speech is not just speech; it can, in fact, trigger violence, in some cases very extreme, as demonstrated by the terrorist crimes committed on 7 and 9 January 2015 in Paris, which were themselves inspired by the death and hate propaganda widely present on the web.
2. This proliferation raises the issues of the effectiveness of the policies and measures implemented and, in more general terms, the effectiveness of existing legal systems, and of weapons designed to repress such activity in particular. As far as the CNCDH is concerned, this worrying situation requires a new assessment of the situation to be carried out as a matter of urgency with a view to outlining new strategies for fighting these issues⁴⁰⁵. With this in mind, a working group was set up in September 2014. It has since held a number of hearings⁴⁰⁶, some of which immediately highlighted the inappropriate and above all incomplete nature of reflection focusing primarily on 'fighting racist, anti-Semitic and xenophobic speech on the Internet'⁴⁰⁷. It is for this reason that the CNCDH believes it preferable to use the expression 'hate speech', even though there is no universally

⁴⁰³ CNCDH, *Rapport 2004. La lutte contre le racisme et la xénophobie. Le racisme et l'antisémitisme sur internet*, La Documentation Française 2005, p.239 et seq. See CNCDH 14 November 1996, *Avis portant sur le réseau Internet et les Droits de l'Homme*, online at: www.cncdh.fr.

⁴⁰⁴ See Falque-Pierrotin, I., *Rapport au Premier Ministre. Lutter contre le racisme sur internet*, Paris 2010; Knobel, M., *L'internet de la haine. Racistes, antisémites, néonazis, intégristes, islamistes, terroristes et homophobes à l'assaut du web*, Berg International Editeurs, 2012.

⁴⁰⁵ It should be borne in mind that the ECRI strongly recommended that the French authorities continue and reinforce their efforts to fight any form of racist expression posted on the Internet. The CERD (United Nations) also dealt with the issue in its General Recommendation n°35 of August 2013 on the fight against racial hate speech (see CNCDH, *Rapport 2012-2014 sur les droits de l'homme en France. Regards portés par les instances internationales*, La Documentation Française 2014, p.223 and p.225).

⁴⁰⁶ See the attached list of people heard.

⁴⁰⁷ Mbongo, P., *Audition du 23 octobre 2014*; Dreyer, E., *Audition du 23 octobre 2014*.

accepted definition of the concept⁴⁰⁸. This should be perceived as a generic notion that encompasses all forms of expression that are objectively considered to be offensive and to encourage disregard and even hostility or violence towards ethnic groups, religious groups, women and indeed minorities in general (be they based on gender, sexual orientation, etc.)⁴⁰⁹. This includes condoning acts of terrorism, which is often aimed at specific categories of the population, to whom it poses a significant threat. The broad and operational nature of this approach means that it offers the unquestionable advantage of reflecting the reality of the situation in that there is no uniformity in the hate speech expressed on the Internet and that the latter can be structural or transitory⁴¹⁰. Structural speech requires a very clear distinction to be made between the posting of politicised and well-constructed content corresponding to actual propaganda produced by small groups, sometimes based abroad and with varying degrees of hierarchy, on the one hand, and expressions of a more 'commonplace' type of hatred on the part of Internet-users that see their speech as somewhat legitimated as a result of the relative anonymity the Internet offers, on the other. Transitory hate speech, meanwhile, is based primarily on current affairs. Early indications of racism, anti-Semitism and Islamophobia in comments posted in forums and on discussion platforms regarding the Israeli-Palestinian conflict are a prime example of this⁴¹¹, as are the very many messages advocating the January 2015 attacks⁴¹².

3. The initial work undertaken by the CNC DH is now unquestionably outdated since it relates to a period in time, the age of Web 1.0, in fact, when the Internet was merely designed as a tool for classifying, consulting and processing information. The user was limited to playing a passive role, content to simply receive information and to share it with others. However, the way in which the Internet works changed completely in the mid-2000s with the 'Web 2.0'⁴¹³ revolution that followed the exponential growth of social networks, audiovisual content sharing sites, discussion platforms, blogs and email, providing the Internet-user with various tools that enabled them to play an active role in the Internet and a special part in communications as a powerful vehicle of collective intelligence⁴¹⁴. Technology enables the user to provide and indeed to share information on a daily basis, thus becoming a writer, journalist, artist or publisher in their own right⁴¹⁵ should they so

⁴⁰⁸ See Sciences Po - CERI, *Colloque du 17 novembre 2014 : Incitation à la discrimination ou à la haine : perspectives croisées sur une répression problématique*. On the history of this notion and its American origin see Walker, V.S., *Hate Speech: The History of An American Controversy*, Lincoln University of Nebraska Press 1994.

⁴⁰⁹ See Recommendation n° R (97) adopted on 30 October 1997 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, which defines hate speech as "covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin". See also Committee on the Elimination of Racial Discrimination - CERD, General Recommendation n° 35 on Combating racist hate speech (26 October 2013).

⁴¹⁰ On this distinction see Knobel, M., 'Lorsque le racisme tisse sa toile sur le Net en 2009', in CNC DH, *Rapport 2009. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La Documentation Française 2010, p.274; Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.18-19.

⁴¹¹ Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.18 *et seq.*; Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, *Lutter contre le racisme et l'antisémitisme sur les médias relevant du droit de la communication audiovisuelle*, Paris, November 2009.

⁴¹² See Quinault Maupoil, T., 'Il sera jugé pour avoir fait l'apologie de l'attentat contre Charlie Hebdo', online at www.lefigaro.fr.

⁴¹³ See Rebillard, F., *Le Web 2.0 en perspective : une analyse socio-économique de l'internet*, L'Harmattan 2007; Trudel, P. and Abran, F., *Gérer les enjeux et risques juridiques du Web 2.0*, Université de Montréal, January 2012.

⁴¹⁴ See Beaudé, B., *Les fins d'internet*, Fyp 2014, p.37 *et seq.*

⁴¹⁵ Achilléas, P., 'Internet et libertés', *JurisClasseur Libertés*, fasc. n° 820, n° 27.

choose. As a result of its transition to a participatory tool⁴¹⁶, the Internet has considerably increased the individual's 'capabilities', in the words of Amartya Sen, meaning their actual ability to exercise their liberties⁴¹⁷. With this in mind, the CNCDH has a duty to duly recognise a major societal development already identified by the Constitutional Council and the European Court of Human Rights, stating that "the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information"⁴¹⁸. Admittedly, prior to the launch of Web 2.0, one could only exercise their right to express their thoughts by means of access to professional media (written press, audiovisual media, publishers, etc.), which were subject to certain ethical standards and therefore served as a filter. Nowadays, however, anyone can create a blog or post a comment or video online. The Internet now enables anyone to circulate and share a wide variety of content with a potentially global audience and with no 'gate-keeper' to monitor the content that is being circulated⁴¹⁹. If, as stated in Article 11 of the 1789 Declaration, "the free communication of ideas and of opinions is one of the most precious rights of man", then the Internet is currently one of the most precious tools for exercising one of the most precious rights of man⁴²⁰. Furthermore, whilst Article 10-1 of the European Convention on Human Rights (ECHR) provides that freedom of expression must be exercised "regardless of frontiers", it is the Internet, and the Internet alone, that has made it possible to effectively remove these frontiers⁴²¹.

4. This being the case, the participative Internet has put an end to the monopoly formerly held by the traditional media with regard to the information available to the public⁴²². Agathe Lepage worthily points out that "the Internet primarily represents a change of paradigm with regard to public expression in that it enables anyone to express themselves without the filtering and selection processes associated with access to more traditional means of public expression, such as publishing, television, radio (...) With this in mind, it is perfectly reasonable to believe that it is actually the Internet that has enabled the principle of freedom of expression to really come into its own in that, from a public communications perspective, it is now a reality for a significant part of society"⁴²³. This development shows that prior editorial control (i.e. at the point of accessing traditional media) has given way to *a posteriori* control (that is at the point at which content is selected by the Internet-user)⁴²⁴, with users sorting through the information themselves

⁴¹⁶ On the participative Internet see Cardon, D., *La démocratie Internet. Promesses et limites*. Seuil 2010, p.46 *et seq.*; Dérieux, E., 'Régulation de l'internet. Libertés et droits fondamentaux', *RLDI* 2012, n°78, p.95.

⁴¹⁷ Sen, A., *L'idée de justice*, Flammarion 2012, p.277 *et seq.* and p.309 *et seq.*

⁴¹⁸ See Const. Coun. 10 June 2009, n°2009-580 DC, considering n°12; ECtHR 18 December 2012, *Ahmet Yildirim v. Turkey* app. n°3111/10, §54.

⁴¹⁹ See Wolton, D., *Internet et après ? Une théorie critique des nouveaux médias*, Flammarion 2000, p.115, which supports the reintroduction of mediators on the Internet, insofar as the latter serve as "garantors of a certain philosophy of information".

⁴²⁰ Council of State, *Etude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française 2014, p.146.

⁴²¹ *Ibid.*, p.145.

⁴²² Lucas, G., 'Internet pour le meilleur et pour le pire ?', in Lepage, A. (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz 2006, p.95 *et seq.*

⁴²³ Lepage, A., 'Internet au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse : un mode de communication comme un autre ?', in Lepage, A. (dir.), *L'opinion numérique, op. cit.*, p.141-142. See also Trudel, P. and Abran, F. *op. cit.*, p.11-12, which alludes to the "heightened role of the amateur" in situations that were formerly dominated by professionals.

⁴²⁴ Council of State, *Etude annuelle 2014, op. cit.*, p.145; Cardon, D., *op. cit.*, p.39 *et seq.*

once it has been posted on such and such website⁴²⁵. This could only serve to put an end to the notion of speech being governed by certain standards⁴²⁶ and pave the way for the complete deregulation of affects and subjectivities, since not all Internet-users are media professionals with knowledge and experience of the ethics of public communications⁴²⁷. The following factors must also be taken into account:

- the possibility of anonymity and using a pseudonym, which foster a strong sense of impunity⁴²⁸. Using the Internet can even create a 'habit of anonymity' among Internet-users who, believing themselves to be invisible and unidentifiable online, allow themselves to behave in a way that is inappropriate to life in society or even unlawful;
 - the fact that online communication often breaches some of the most basic rules of politeness and courtesy, even in the absence of anonymity⁴²⁹.
5. The Internet brought us into the age of 'interactive solitude'⁴³⁰ in which many individuals, finding themselves free of any rules or constraints, demonstrate an intense indifference to the fate of their neighbour⁴³¹. As a result, and in spite of themselves, the new technologies associated with Web 2.0 have become a vehicle for the dissemination of speech that previously had no place in the traditional media⁴³² and that inevitably enjoys heightened visibility thanks to the amplifying effects of the Internet⁴³³. It is unsurprising, then, that the past ten years have been marked by a worrying proliferation of hate speech⁴³⁴ and therefore by the normalisation of racist, anti-Semitic, xenophobic, Islamophobic and

⁴²⁵ Cardon, D., *op. cit.*, p.41-42, which states that it is the "principle of the ex-post hierarchisation performed by Internet-users according to their position within the online reputation-based structure (...) Those sites that rank very poorly in the Internet hierarchies are only accessible to Internet-users who deliberately search for them, which does nothing to lessen the intolerable nature of anti-Semitic, racist, sexist, homophobic, etc. remarks. The fact remains that, in a spirit resembling that of the First Amendment of the American constitution, the Internet rejects any paternalistic policy that would define for others what it is appropriate to say or to hear. On the other hand, it trusts the self-structured activity of Internet-users to ensure that information that must remain in the dark depths of the Internet does not become visible. Greatness and misery of freedom of speech in the digital era".

⁴²⁶ Cardon, D., *op. cit.*, p.37-38.

⁴²⁷ *Ibid.*, p.10-11: "It is now possible for a large number of people who would previously have been considered inept or ignorant to comment on, critique, ridicule and even alter public speech, but the Internet also draws Internet-users' personal expressions into the public sphere. The web has taken possession of conversations that were not previously recognised as belonging in the public domain by taking advantage of the new self-exposure practices adopted by individuals. The dividing line between private social relations and public debate is further complicated by a new tendency that is leading individuals to expose themselves and to forge links between their personal lives and public matters before the eyes of others".

⁴²⁸ Charpenel, Y., *Audition du 11 septembre 2014*.

⁴²⁹ Moulard, C., *Mailconnexion. La conversation planétaire*, Au Diable Vauvert 2005; Feral-Schuhl, C., *Audition du 23 octobre 2014*.

⁴³⁰ See Wolton, D., *Internet et après ?*, *op. cit.*, p.106; Wolton, D., *Penser la communication*, Flammarion 1997, chapter XIV.

⁴³¹ Teyssié, B., 'L'homme et la fourmi. Variations sur l'empire du numérique', in Teyssié, B. (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Editions Panthéon-Assas 2012, p.61.

⁴³² Quémener, M., *Cybersociété. Entre espoirs et risques*, L'Harmattan 2013, p.170 et seq.; Schmidt, P. (INACH), *Audition du 4 septembre 2014*.

⁴³³ The Court of Strasbourg usefully pointed out that "modern means of conveying information and the fact that it was accessible to everyone, including minors, would have multiplied the impact of the poster campaign" (ECtHR, Grand Chamber, 13 July 2012, *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland*, app. n° 16354/06).

⁴³⁴ See Knobel, M., *L'internet de la haine*, *op. cit.* See Lepage, A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec 2002, p.91 et seq. On the situation in the United States see Bell, J., 'Pour faire barrage à ceux qui n'ont pas de cœur : expressions racistes et droits des minorités', in Zoller, E. (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*. Dalloz 2008, p.52 et seq.

homophobic speech online⁴³⁵. Little is yet known, however, of the true scope of the phenomenon, owing in particular to the fragmented nature of the statistics available⁴³⁶ and the relative lack of scientific knowledge of the matter. With this in mind, the CNCDH recommends that public authorities improve the tools that will make it possible to establish the exact nature of the phenomenon, notably through the introduction of statistical tools, with a specific breakdown of acts committed on or via the Internet, and the funding of research in the field. In this respect, the public and private sectors could join forces and collaborate for the purpose of implementing cross-disciplinary research projects based on innovative scientific methods that recognise and accept the digital 'imperative'⁴³⁷.

6. Furthermore, the CNCDH regularly reiterates, as do the Constitutional Council⁴³⁸ and the Court of Strasbourg⁴³⁹, that freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the ECHR, is one of the key founding principles of a democratic society⁴⁴⁰. This right "is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society""⁴⁴¹. The CNCDH is also fundamentally concerned about the safeguarding and, if need be, extension of the public sphere of free discussion which is consubstantial to democracy and the rule of law⁴⁴². Impertinence, irreverence and disturbing ideas represent an incalculable source of wealth when it comes to raising awareness and all have their place in a public sphere that is not sterilised by means of the harnessing of speech. In this respect, freedom of expression has unquestionably become the 'cornerstone' of Web 2.0 insofar as it represents the very essence of its function, namely to receive and provide information⁴⁴³. However, whilst the Internet is a formidable platform for exercising freedoms, it should not be perceived as a 'law-free zone'⁴⁴⁴ governed by the 'free flow of ideas' or one in which the State should abstain from any form of intervention so as not to distort the free competition

⁴³⁵ Gilles Clavreul (DILCRA) stated during a talk at the CNCDH on 29 January 2015 that the number of reports of hateful online content reached 15,000 in 2014.

For detailed figures for 2014 see the contributions of Quéméner, M. and the Minister of the Interior in CNCDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La Documentation Française 2015.

⁴³⁶ See Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité (Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality), *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, February 2014, p.20 et seq.

⁴³⁷ See Wieviorka, M., *L'impératif numérique*, CNRS-éditions 2013. As far as this author is concerned, human and social sciences should play a role in new information technologies by using Web 2.0 data and social networks to exchange, communicate, collaborate and create 'digital humanities'. With examples to support his claims, he explains exactly how they could benefit from the digital sphere and suggests a new way of structuring research that would overstep the boundaries of a discipline system that has become a real hindrance to intellectual innovation.

⁴³⁸ Const. Coun. 10 June 2009, n°2008-580 DC.

⁴³⁹ See notably ECtHR 7 December 1976, *Handyside v. United Kingdom*, app. n°5493/72, §49; ECtHR, 28 June 2012, *Ressiot & Others v. France*, apps. n°15054/07 and 15066/07.

⁴⁴⁰ CNCDH 25 April 2013, *Avis sur la réforme de la protection du secret des sources*, JORF n°0134 of 12 June 2013, text n°90.

⁴⁴¹ ECtHR 7 December 1976, *Handyside v. United Kingdom*, *op. cit.*, §49.

⁴⁴² See Wachsmann, P. 'Participation, communication, pluralisme', *AJDA* 1998, p.165; Flauss, J.-F., 'La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression' in Zoller, E. (dir.), *op. cit.*, p.102.

⁴⁴³ Casas, M. et al., *Rapport de recherche - table ronde 2014 Quel(s) droit(s) pour les réseaux sociaux ? La liberté d'expression et les réseaux sociaux*, Aix-Marseille Université / IREDIC, p.5.

⁴⁴⁴ Comp. Choné-Grimaldi, A.-S., 'Publicité en ligne et pratiques anticoncurrentielles', in Teyssié, B. (dir.), *op. cit.*, p.233.

of opinions⁴⁴⁵. Indeed, Article 10-2 of the ECHR states that the exercising of freedom of expression inherently implies certain 'duties and responsibilities' in order to prevent it being used in a way that might be irresponsible or detrimental to the rule of law⁴⁴⁶. This being the case, "democratic society is tolerant but not inert. As a militant democracy, society must defend its basic principles. Consequently, it also has the duty to fight against abuses, committed in the exercise of freedom of speech, that openly target democratic values"⁴⁴⁷. The Court of Strasbourg very strongly condemns hate speech, maintaining that racist and xenophobic claims are not protected by Article 10 of the ECHR⁴⁴⁸. The same applies to "remarks intended to incite racial hatred in society and to promote the idea of a superior race"⁴⁴⁹ and "all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance (including religious intolerance)"⁴⁵⁰. Any speech that is incompatible with democracy and human rights is not a matter of freedom of expression⁴⁵¹ and cannot purport to be covered by the guarantees provided by the Convention in accordance with Article 17 of the ECHR⁴⁵². As a result, States have a positive obligation to fight any speech that contradicts the values of liberties and fundamental rights by encouraging intolerance, hatred and racism. With this in mind, the CNCDH will outline a series of recommendations with the following aims:

- to affirm the digital sovereignty of the State (I.);
- to strengthen existing systems designed to fight hate speech on the Internet (II.);
- to have access to a responsive and innovative Internet regulatory body (III.)
- to adopt a national digital education and citizenship action plan (IV.).

I. AFFIRMING THE DIGITAL SOVEREIGNTY OF THE STATE

A. REINFORCING THE VITAL ROLE OF THE STATE IN GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS ONLINE

7. Once again, the tragic events of January 2015 resulted in a proliferation of incidences of hate speech on the Internet, only a minimal proportion of which resulted in criminal prosecution. The CNCDH can therefore only reiterate its recommendation designed to encourage widespread reflection on the potential definition of a form of 'digital public order'⁴⁵³ based on the notion that the Internet must remain a platform for exercising freedoms where fundamental rights and liberties are respected and not a platform for

⁴⁴⁵ In this respect, the United States Supreme Court confirmed that, "under the First Amendment, there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas" (*Gertz v. Robert Welch* case, 418 US 323 (1974)).

⁴⁴⁶ Flauss, J.-F., *op. cit.*, p.98.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p.124.

⁴⁴⁸ ECtHR 23 September 1994, *Jersild v. Denmark*, app. n° 15890/89.

⁴⁴⁹ ECtHR 10 October 2000, *Ibrahim Aksoy v. Turkey*, app. n° 28635/95.

⁴⁵⁰ ECtHR 4 December 2003, *Günduz v. Turkey*, app. n° 35071/97.

⁴⁵¹ See Goldman, S., 'Le discours de haine raciste et/ou antisémite en France - Aspects juridiques', in CNCDH, *Rapport 2011. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La Documentation Française 2012, p.173, which rightly asserts that "the expression of racism is not an opinion but an offence".

⁴⁵² "Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention".

⁴⁵³ CNCDH 25 September 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, JORF n° 0231 of 5 October 2014, text n° 45.

impunity. After all, as the European Court of Human Rights has said on the matter, "it is true that the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press"⁴⁵⁴. However, it is sometimes claimed that the Internet, owing to its immaterial nature, should escape State control both in fact and in form⁴⁵⁵, but the advent of the digital society does not represent a return to a new state of nature with no social contract or political sovereignty⁴⁵⁶. With this in mind, the CNCDH wishes to reiterate that the State is at complete liberty to supervise human activity online for the purpose of ensuring that it fully complies with fundamental rights and freedoms⁴⁵⁷. This is particularly true given that such activity, which is virtual only in its appearance, can have very real consequences. As it happens, there is a degree of asymmetry of power between users and associations, on the one hand, and Internet service providers⁴⁵⁸, on the other, the latter often being extremely powerful economic players. Furthermore, whilst instances of hate speech online have increased in recent years, this is actually due to a sense of impunity that stems from the fact that public authorities do not have a strong enough online presence⁴⁵⁹.

B. UNDERTAKING DIPLOMATIC NEGOTIATIONS LEADING TO THE SIGNING AND RATIFICATION OF ADDITIONAL PROTOCOL N° 189 TO THE CONVENTION ON CYBERCRIME

8. It is important to emphasise the specific difficulties associated with the Internet as a cross-border or even borderless tool, given that law is a national concept that is applied primarily on a regional scale⁴⁶⁰. With this in mind, the Council of State rightly points out in its *Etude annuelle 2014* annual study entitled *Le numérique et les droits fondamentaux* ('The digital sphere and fundamental rights') that the notion of territoriality incorporates a

⁴⁵⁴ ECtHR 5 May 2011, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v Ukraine*, app. n° 33014/05, §63.

⁴⁵⁵ See Barlow, J. P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Editions Hache 1996: "We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity. Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are based on matter, there is no matter here".

For legal analyses see Frison-Roche, M.-A., 'Les bouleversements du droit par internet', in *Internet et nos fondamentaux*, PUF 2000, p.45-46.

⁴⁵⁶ For further information see Beaudé, B., *op. cit.*, p.28 et seq.

⁴⁵⁷ See Council of State, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p.133.

⁴⁵⁸ For the purpose of the present opinion this notion is understood in the sense of Article 2 of Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on *certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market*: "For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings: (...) b) 'service provider': any natural or legal person providing an information society service".

Furthermore, paragraph 17 of Article 1 of Directive 2000/31/CE *modifying Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations* defines an information society service as "any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment (...) and at the individual request of the recipient of a service".

⁴⁵⁹ See Walter, E. (HADOPI), *Audition du 20 novembre 2014* : "Upstream, we must be wary of the notion of trust with regard to self-regulation. It is not because the State is unable to fulfil its role that it must delegate certain functions to private players. It is a dangerous slope, particularly since it is due to the fact that the forces of law and order have failed to adapt in order to apply the laws that such an idea exists".

⁴⁶⁰ See Vivant, M., 'Cybermonde : Droit et droits des réseaux', *JCP gen. ed.* 1996, I., 3969; Marchadier, F., 'Le web ignore les frontières et l'internationalité lui est consubstantiel', in Pailler, L. (dir.), *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier 2012, p.6.

strategic dimension: "What is actually being called into question here is the ability of a State to protect the fundamental freedoms of its citizens, along with their right to appeal"⁴⁶¹. Furthermore, regulating the Internet has unquestionably become a major issue of sovereignty⁴⁶². With regard to the specific issue of abuses of freedom of expression, the French legal system allows for French laws and jurisdiction to prevail in matters of civil and criminal liability⁴⁶³. This being the case, the principle of extended territoriality, according to which "the offence is deemed to have been committed within the French Republic as long as one of its component acts has taken place in the country" (Article 113-2 paragraph 2 of the French Criminal Code), makes it possible, at least in theory, for French criminal law and the ruling of a French judge to prevail, provided that the unlawful content is accessible within France⁴⁶⁴. In practice, however, if a company has relocated its activities to 'Internet havens', prosecution and the implementation of measures designed to suppress such activity will be destined to fail⁴⁶⁵: "the deterritorialized world of the Internet is largely understood by those who encourage racism as a terrific way of escaping repression. They use both differences in legislation and the power of communication that the Internet offers"⁴⁶⁶. Some of the hearings held at the CNCDH notably highlighted that some hosting service providers with head offices located in the United States do not consider themselves to be bound by the provisions of French criminal law regarding the abuse of freedom of expression⁴⁶⁷. Referring to the First Amendment of the American Constitution, they maintain that hate speech is nothing more than the expression of an opinion since they are not directly or immediately encouraging anyone to commit an act of violence⁴⁶⁸. With this in mind, the CNCDH believes there is an urgent need to strongly reaffirm its profound attachment to European democratic values. It can therefore only encourage the French State once again to implement strong diplomatic measures to have those States hosting sites that publish hate speech sign and ratify Additional Protocol

⁴⁶¹ Council of State, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p.240.

⁴⁶² Bellanger, P., *La souveraineté numérique*, Stock 2014.

⁴⁶³ For further information see notably Dérieux, E. and Granchet, A., *Réseaux sociaux en ligne. Aspects juridiques et déontologiques*, Lamy 2013, p.34 *et seq.*; Dérieux, E., 'Règles de procédure applicables à la poursuite des abus de la liberté d'expression. Garantie de la liberté d'expression ou privilège des médias?', *RLDI* 2013, n°89, p.61 *et seq.*; Francillon, J., 'Le droit pénal face à la cyberdélinquance et la cybercriminalité', *RLDI* 2012, p.103; Martin-Hocquenghem, E., 'Le principe de la territorialité de la loi pénale et les infractions commises sur internet', in Teyssié, B. (dir.), *op. cit.*, p.495 *et seq.*

⁴⁶⁴ Court of Cassation, Criminal Division, 9 September 2008, n°07-87.281, which states that French criminal law applies to sites aimed at a French audience, the offence then being considered to have been committed on French soil. On this matter see also Lepage, A., 'Réflexions sur l'adaptation du droit pénal à l'internet', in Teyssié, B. (dir.), *op. cit.*, p.493; Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.211; Council of State, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.*, p.325.

⁴⁶⁵ In the case of an American hosting service provider being sentenced by default by a French judge on the grounds of Article 113-2 paragraph 2 of the Criminal Code, for example, the American courts will refuse to enforce the decision in the absence of any similar default procedure in American law. Indeed, the United States Supreme Court considers the proof of the accused party to be a constitutional right in accordance with the 6th Amendment (the case of the *United States v. Gagnon* 470 US 522 (1985); see also Pradel, J., *Droit pénal comparé*, Dalloz 2002, n°472, p.592 *et seq.*).

⁴⁶⁶ Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.27.

⁴⁶⁷ Schmidt, P. (INACH), *Audition du 4 septembre 2014*; Louvet, B. (LICRA), *Audition du 4 septembre 2014*.

⁴⁶⁸ For further information on United States law see Preuss-Laussinotte, S., *La liberté d'expression*, Ellipse 2014, p.27 *et seq.*; Zoller, E., 'La Cour suprême des Etats-Unis et la liberté d'expression', in Zoller, E. (dir.), *op. cit.*, p.253 *et seq.*

n° 189 of the Council of Europe's Convention on Cybercrime dealing specifically with racism and anti-Semitism⁴⁶⁹.

C. ESTABLISHING THE TERRITORIAL SCOPE OF ARTICLE 6 OF THE FRENCH LAW ON TRUST IN THE DIGITAL ECONOMY (LCEN)

9. A number of the hearings conducted at the CNCDH highlighted the fact that the majority of sites hosting hate speech are hosted by companies with head offices located in Ireland or the United States and which consequently claim legal alien status. As a result, major American companies such as Facebook, Twitter and YouTube do not consider themselves to be bound by the provisions of Article 6 II. of law n° 2004-575 of 21 June 2004 *on confidence in the digital economy* (hereafter referred to as the LCEN) that requires players in the Internet sector to cooperate with legal and administrative authorities to help identify individuals who have contributed to the creation of unlawful content⁴⁷⁰. In cases where Internet-user anonymity is combined with the absence of any cooperation on the part of the service providers (hosters) concerned, it is extremely difficult for the judicial authority to quickly obtain the information required to identify those suspected of having committed a criminal offence (IP address, etc.). Furthermore, it is regrettable that many foreign companies no longer consider themselves bound by Article 6 I. 7 of the LCEN enabling the judicial authority to ensure that hosting service providers and access providers are bound by a special (targeted and temporary) surveillance obligation regarding certain illegal behaviours, it being reiterated that, with regard to clamping down on offences relating to abuses of freedom of expression, these service providers must also promptly inform the public authorities of any unlawful activity of which they are aware and publicise the resources they devote to fighting such activity⁴⁷¹.
10. In light of the aforementioned, the CNCDH laments the fact that, owing to a failure on the part of foreign companies to fulfil their obligations, the French public authorities are all too often rendered powerless with regard to implementing a policy designed to fight hate speech on the Internet. As far as the CNCDH is concerned, the fact that the effectiveness of a law can be dependent upon the specific interests of an industry and indeed on economic and even political interests in general simply cannot be tolerated. It would call for the State not to abdicate its sovereignty and consequently recommend that the territorial scope of Article 6 of the LCEN, the provisions of which should apply to any company conducting any form of economic activity in France, be clearly established⁴⁷².
11. Furthermore, protecting public interest and the principle of equality before the law require a guarantee that service providers will fulfil their obligations and that any failings observed will be punished, bearing in mind that the criminal sanctions provided for in the

⁴⁶⁹ See CNCDH, *Rapport 2010. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La Documentation Française 2011, p.166; CNCDH, *Rapport 2013. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, La Documentation Française 2014, p.215.

⁴⁷⁰ Council of State, *Etude annuelle 2014, op. cit.*, p.245; Dérieux, E., 'Diffusion de messages racistes sur Twitter. Obligations de l'hébergeur', *RLDI* 2013, n° 90, p.27 *et seq.*

⁴⁷¹ Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.185 *et seq.* See Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.59.

⁴⁷² See Council of State, *Etude annuelle 2014, op. cit.*, p.245.

LCEN have never previously been enforced⁴⁷³. This situation is all the more unfortunate given that it results in a distortion of competition that is detrimental to French companies that do comply with the law⁴⁷⁴, the economic weight of which is far inferior to that of the American Internet and computer giants. It is for this reason that the CNCDH is firmly convinced that achieving digital sovereignty must also be concurrently supported by the following:

- renewed stimulation of the French digital industry and support for innovation in the field for the purpose, as recommended by the Economic, Social and Environmental Council, of "creating an ecosystem that is conducive to the emergence and growth of start-ups with the potential to become the digital champions of tomorrow"⁴⁷⁵. The major French economic players must also make a stronger commitment to developing the digital industry in order to promote the values of the Republic and indeed of human rights⁴⁷⁶;
- a policy designed to hold companies accountable with regard to respecting human rights⁴⁷⁷, and the French understanding of freedom of expression in particular.

II. STRENGTHENING EXISTING SYSTEMS DESIGNED TO FIGHT HATE SPEECH ON THE INTERNET

A. INCREASING THE EFFECTIVENESS OF SYSTEMS RESULTING FROM THE LAW OF 29 JULY 1881 ON THE FREEDOM OF THE PRESS

1° Upholding the crimes of opinion and abuses of freedom of expression outlined in the law of 29 July 1881

12. On a preliminary basis, the CNCDH believes that existing incriminations outlined primarily in the law of 29 July 1881 *on the freedom of the press* and in a few rare cases in the French Criminal Code are sufficient⁴⁷⁸. In a multi-party democracy based on freedom of opinion and of expression, offences relating to the abuse of public expression must be

⁴⁷³ Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.187-188.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p.185-186.

⁴⁷⁵ Economic, Social and Environmental Council (ESEC) 13 January 2015, *Données numériques, un enjeu d'éducation et de citoyenneté* (reporter: E. Peres), p.96.

⁴⁷⁶ See Lemoine, P., *Rapport au Gouvernement. La nouvelle grammaire du succès. La transformation numérique de l'économie française*, November 2014, p.15: "It is time that the major French groups turned the page on the disappointments and humiliation that some of them experienced when they came a cropper during the Internet bubble. That was 10 years ago and the context has since changed. They need to start again with strong, original and motivational plans for the future. We can cite examples of such projects in the banking sector ('Secure anonymous payment'), in commerce ('The bookseller of the future'), in the manufacturing industry ('A car for the young, including multiple designs and prototyped in the FabLab), in the transport sector ('A tailored universal mobility pass'), in the health sector ('Digital life, chronic conditions') and in the administrative sphere ('Territorial innovation network for local services'). Particular emphasis is placed on projects with the potential to contribute to our growth model, including the acceleration of professional mobility (the 'Emploi Store', the 'Public cross-functional mobility platform'), ecological issues and the energy transition (Green Button *à la française*), the living link between the public interest approach and the shared asset approach supported by major foundations (Wikipedia, Mozilla, OpenStreetMap, etc.)."

⁴⁷⁷ CNCDH 24 October 2013, *Business and human rights: report on the issues associated with the application of the United Nations' Guiding Principles in France*, JORF n°0266 of 16 November 2013, text n°56.

⁴⁷⁸ See Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.152; Knobel, M., *Audition du 4 septembre 2014*; Mbongo, P., *Audition du 23 octobre 2014*; Quémener, M. and Ferry, J., *Cybercriminalité. Défi mondial*, 2nd ed., Economica 2009, p.155.

strictly outlined and defined and be based on violations or a proven risk of violation of individuals (libel, slander, provocation, advocacy or negationism). The scope of this repression cannot be extended without disproportionately affecting the freedom of expression guaranteed under Article 10-1 of the ECHR.

13. The law of 29 July 1881 subtly and progressively outlines the balance that must be maintained between the freedom of expression that it protects and its limits, which is why violations that incriminate hate speech and abuses of freedom of expression are so specific in their nature that they are not permitted to be incorporated in the French Criminal Code. Furthermore, the specific system that governs press offences demonstrates both to the Court of Strasbourg and to the European bodies concerned that, even in the event that our right to communication is not decriminalised - a decriminalisation of which the Council of Europe is in favour⁴⁷⁹ -, French law on the matter complies, both in letter and in spirit, with Article 10 of the ECHR⁴⁸⁰. As a result, the CNCDH is in principle opposed to the inclusion of offences relating to freedom of expression in the French Criminal Code. Where the legislator wishes to specifically incriminate certain behaviours that are more or less closely related to communication, however, and to firmly repress such behaviours, it is preferable that they do so in the framework of the Criminal Code and not that of the law of 1881, which loses some of its meaning here⁴⁸¹.
14. The CNCDH implemented these guidelines concerning offences relating to public incitement to commit acts of terrorism and the public condoning of such acts in its opinion of 25 September 2014 on the bill designed to reinforce provisions regarding the fight against terrorism⁴⁸². Indeed, law n° 2014-1353 of 13 November 2014 *reinforcing provisions regarding the fight against terrorism* anticipated them being removed from the law of 29 July 1881 and incorporated by means of a new Article, Article 421-2-5, into the French Criminal Code⁴⁸³ on the grounds that it is not a matter of an "abuse of freedom of expression (...) but rather of actual facts that are directly responsible for terrorist acts". These new provisions, which make no distinction between provocation that has an effect and provocation that has no effect (as Articles 23 and 24 of the law of 29 July 1881 currently do⁴⁸⁴), encompass both types of provocation⁴⁸⁵. In the event of provocation

⁴⁷⁹ See Bechtel, M.-F., *Rapport n° 409 au nom de la Commission des lois (...) sur le projet de loi (...) relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, French National Assembly, 14 November 2012, p.54.

⁴⁸⁰ CNCDH 20 December 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, online at www.cncdh.fr. CNCDH 25 September 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² See CNCDH 25 September 2014, *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, *op. cit.*

⁴⁸³ Article 421-2-5 of the French Penal Code: "Directly provoking acts of terrorism or publicly condoning such acts is punishable by five years' imprisonment and a €75,000 fine.

These penalties are increased to seven years' imprisonment and a €100,000 fine in the event that the acts are committed using an online public communication service.

In the event that the acts are committed through the written or audiovisual press or by means of online public communication tools, the specific provisions of the laws governing such matters apply with regard to identifying people responsible"

⁴⁸⁴ The distinction between provocation that has an effect (Article 23 of the law of 29 July 1881) and provocation that does not have an effect (Article 24 of the law of 29 July 1881) is meaningful in that the former, in short, 'particularises' a case of complicity with the advantage that the judge is exempt from the obligation to provide proof with regard to any of the adminicles of Article 121-7, paragraph 2 of the French Criminal Code (donation, pledge, etc.). The latter, meanwhile, makes a case of complicity that would not otherwise be considered to be independent for lack of a primary offence ("that does not have an effect") punishable by making it an independent offence.

having an effect (namely the commitment of acts of terrorism), the matter is no longer one of freedom of expression but rather one of personal protection. The issue of fighting terrorism has become all the more pressing since it relates, as stated in the new Article 421-2-5 of the French Criminal Code, to a 'direct' provocation leading to written and spoken remarks that explicitly define the acts for which the provocation calls. In the event of provocation that does not have an effect, however, the reprehensible act remains a matter of freedom of expression. In light of the aforementioned, whilst the CNCDH is not opposed to public provocation that has an effect being incorporated into the French Criminal Code, it does believe that public provocation that does not have an effect should continue to be governed by the law of 29 July 1881. This is all the more applicable with regard to the public condoning of terrorism, which must continue to be governed by specific provisions of the law on the press. Indeed, the CNCDH fears that the move to remove a number of offences relating to abuses of freedom of expression from the law of 29 July 1881 will also rid this great law of its substance by depriving it of any coherence and at the risk of marginalising it and eventually seeing it disappear altogether.

15. Furthermore, certain emergency procedures, which notably include immediate appearance and plea-bargaining, are not appropriate to disputes regarding abuses of freedom of expression, the complexity and values of which require them to be dealt with in a firm but considered manner. Proof of this came in the wake of the January 2015 attacks in the form of a burst of convictions resulting from immediate appearances for condoning terrorism, this legal process having been made possible as a result of the reform of 13 November 2014⁴⁸⁶. As the texts currently stand, in order to guarantee the principle of the equality of citizens before the law, as well as the principles of proportionality and legality, it would appear important for the legislator to accurately define the notion of condoning terrorism as a matter of urgency⁴⁸⁷. Furthermore, the CNCDH reiterates the fact that it is in favour of the introduction of alternatives to prosecution in the least serious cases of abuse of freedom of expression provided that they are well thought out and appropriate to this form of delinquency. Finally, extending the statute of limitations stemming from the incorporation of such offences in the French Criminal Code to three years is not appropriate. Indeed, reopening the public debate on an incident of slander or libel 3 years after it was potentially committed may contradict the pacifying function of the criminal proceedings.

2° Improving the procedural framework of the law of 29 July 1881

16. Since it was introduced in the 19th Century, the law of 29 July 1881 has been a symbolic cornerstone of French democracy and its basic standard of protection for freedom of expression⁴⁸⁸. Over time it has demonstrated its power, its influence, its adaptability and

⁴⁸⁵ In this respect, French law complies with Framework Decision 2008/919/JAI of the Council of the EU dated 28 November 2008 *which amends Framework Decision 2002/475/JAI of 13 June 2002 on combating terrorism*. According to this document, incitement to commit acts of terrorism must be suppressed, regardless of whether or not it has an effect.

⁴⁸⁶ See Alix, J., 'La répression de l'incitation au terrorisme', *Gaz. Pal.* 2015, yet to be published.

⁴⁸⁷ See Godeberge, C. and Daoud, E., 'La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes', *AJ Pénal* 2014, p.563-564.

⁴⁸⁸ See CNCDH 25 April 2013, *Avis sur la réforme de la protection du secret des sources*, online at www.cncdh.fr.

its ability to maintain a delicate balance between the fundamental right to freedom of expression and its necessary limits. Nevertheless, a number of the procedural provisions of this law are now clearly out of step with the increase in public expression following the 'Web 2.0' revolution, which resulted in the exponential growth of social networks, audiovisual content sharing sites, discussion platforms, blogs and email. Whilst the law of 29 July 1881 does, in some respects, apply to online communications, it is no longer appropriate to the mass disputes that the Internet is likely to generate⁴⁸⁹. It is a complex law, the content of which is not easily accessible, and one that can be judicially interpreted with a great deal of nuance, in a way of which only specialist legal practitioners have a sound command⁴⁹⁰. It was originally aimed at communications professionals (press, publishers, media, etc.) in an attempt to monitor their activity and result in a sophisticated dispute before highly specialist magistrates (and the 17th correctional chamber of the TGI Paris in particular). It was not originally intended to apply to all Internet-users, who have now become potential public publishers in their own right. In other words, the law of 29 July 1881 was not designed with widespread public expression in mind, the latter no longer being filtered upstream by responsible professional media players or subject to ethical controls. Nevertheless, the room for interpretation of which the judge avails with this law largely allows for the law to be manoeuvred in a way that reflects the contexts and expectations of a certain age. With this in mind, the CNCDH recommends that certain improvements be made to the procedural provisions of the law of 29 July 1881 in order to more effectively combat the proliferation of hate speech posted on the Internet by non-professional Internet-users and with a view to facilitating victims' access to justice. These include the following:

- improving the intelligibility and understanding of the provisions of the law of 29 July 1881⁴⁹¹, particularly defining and updating the notions of public space and private space in Web 2.0 to reflect new types of digital communities and networks;
- considering the digitisation of procedures (and of summons and notifications in particular); simplifying and facilitating summary procedures through the introduction of a digital summary judgement (rather than maintaining various summary judgements on the matter); introducing the possibility of lodging complaints online⁴⁹²;
- introducing an effective right to reply online in favour of anti-racism associations⁴⁹³;
- giving the judge the power to order that a site cease to operate, in the same vein as the possibility of suspending a newspaper for 3 months in the event of incitement to racial hatred;
- giving the judge the power to order the cessation of an online communication service for any offence relating to abuses of freedom of expression⁴⁹⁴;
- initiating reflection on the relevance of increasing and standardising statutes of limitations⁴⁹⁵;

⁴⁸⁹ See Dreyer, E., *Audition du 23 octobre 2014*; Philippe, A., *Audition du 11 septembre 2014*.

⁴⁹⁰ For a general overview see Mallet-Poujol, N., 'La liberté d'expression sur internet : aspects de droit interne', *Rec. Dalloz* 2007, p.591 *et seq.*

⁴⁹¹ Derieux, E., *Audition du 27 novembre 2014*; Lepage, A., *Audition du 3 décembre 2014*.

⁴⁹² See Féral-Schuhl, C., *Audition du 23 octobre 2014*.

⁴⁹³ See Dreyer, E., *Audition du 23 octobre 2014*, which states that Article 13-1 of the law of 29 July 1881 does not currently provide for any specific right to reply with regard to the Internet.

⁴⁹⁴ See Dreyer, E., *Audition du 23 octobre 2014*, which states that Article 50-1 of the law of 29 July 1881 does not currently apply to all racist remarks. It does, however, add that it is important that this authority be withdrawn from the judge hearing applications for interim measures (the *juge des référés*) and given to the freedom and detention judge (the *juge des libertés et de la détention*).

- considering the possibility of holding legal entities criminally liable⁴⁹⁶, aside from press organisations⁴⁹⁷.

17. Furthermore, a new major difficulty arose with the introduction of Web 2.0 in the form of an increase in speech published anonymously or under pseudonyms, making it difficult to identify the author of contentious remarks. Verbal and written remarks are then all the more uninhibited since the author has a strong sense of impunity⁴⁹⁸. In addition to the difficulty of identifying the authors of racist remarks, which is largely dependent on the cooperation of service providers, and hosting service providers in particular⁴⁹⁹, the law of 29 July 1982 *on audiovisual communication* - which requires authors to be identified within a very short time frame and in the restrictive framework of an exhaustive list of cascading responsibility (director of publication, author, producer, etc.) - does not appear to still be appropriate⁵⁰⁰. When a site relies on the anonymity of its director of publication and article authors, for example, the CNCDH believes that it is important to consider potentially extending the list of participants in the offence to include those responsible for managing the association or organisation behind the publishing website⁵⁰¹.

B. INCREASING THE EFFECTIVENESS OF SYSTEMS RESULTING FROM THE LAW ON TRUST IN THE DIGITAL ECONOMY (LCEN)

18. At the end of his magisterial work on cybercriminality, Public Prosecutor Robert clearly stated that the LCEN was "suffering from a general lack of effectiveness"⁵⁰². This law, which is nevertheless largely considered to be of a high quality, could be adapted in order to more effectively fight hate speech on the Internet⁵⁰³.

19. First and foremost, the LCEN guarantees the principle of 'network neutrality'⁵⁰⁴ in global terms in that it establishes a system of limited service provider liability (access providers

⁴⁹⁵ For food for thought see Dreyer, E., 'L'allongement du délai de prescription pour la répression des propos racistes ou xénophobes. Commentaire de l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881', *LEGICOM* 2006/1, n° 35, p.107 *et seq.*; Dreyer, E., 'La Constitution ne s'oppose pas à l'abandon de la prescription trimestrielle en matière de presse', *Rec. Dalloz* 2013, p.1526.

⁴⁹⁶ See ECtHR 10 October 2013, *Delfi AS v. Estonia*, app. n° 64569/09.

⁴⁹⁷ Comp. Dreyer, E., *Audition du 23 octobre 2014*, which suggests that racism-related offences be incorporated in the Criminal Code. This would notably make it possible to hold legal entities criminally liable.

⁴⁹⁸ Dérieux, E., 'Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité', *RLDI* 2014, n° 100, p.79.

⁴⁹⁹ See *infra*.

⁵⁰⁰ Article 93-3 of law n° 82-652 of 29 July 1982 *on audiovisual communication*, which outlines the so-called 'cascading' responsibility system, states that "the director of publication or (...) the assistant director of publication will be pursued as the primary perpetrator in the event that the incriminated message has been approved prior to being communicated to the public". It adds that, "failing this, the author, and in the absence of the author, the producer will be pursued as the primary perpetrator" and that "in the event that the blame is placed with the director or assistant director of publication, the author will be pursued as an accomplice". It even states that "anyone else to whom Article 121-7 of the French Criminal Code may apply may also be pursued as an accomplice".

⁵⁰¹ See Philippe, A., *Audition du 11 septembre 2014*.

⁵⁰² Robert, M., *Audition du 3 décembre 2014*.

⁵⁰³ On the loopholes in the French Law on Trust in the Digital Economy (LCEN), see notably Bossan, J., 'Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'internet', *RSC* 2013, p.295 *et seq.*

⁵⁰⁴ On the principle of network neutrality see Huet, J. and Dreyer, E., *Droit de la communication numérique*, LGDJ 2011, p.16 *et seq.*; Dérieux, E., 'Entre esprit libertaire et nécessaire réglementation. A propos de la neutralité de l'internet. Un atout pour le développement de l'économie numérique', *RLDI* 2010, n° 64, p.6 *et seq.*

and hosting service providers)⁵⁰⁵. At the same time, the latter are under no general obligation to monitor content (Article 6 I., 7 LCEN)⁵⁰⁶. Firstly, it is important to point out that increasing liability on the part of service providers would present the risk of the 'privatisation of censorship': indeed, holding them responsible for content could, in reality, indirectly lead to them being delegated to undertake a surveillance and sanctioning mission, which would mean entrusting them with too central a role with regard to establishing digital public order. In any case, the rules governing the liability of service providers, as major players in the circulation of hate speech on the Internet, are unsatisfactory in that they are a major source of impunity owing to their complexity⁵⁰⁷ and the corresponding lack of enforcement⁵⁰⁸. This being the case, it would appear necessary to clarify and to more clearly distinguish those service providers that play 'an active role'⁵⁰⁹ in the content published online, notably by means of referencing and classification services or even personalised recommendations sent to Internet-users⁵¹⁰. As far as the CNCDH is concerned, the latter should be governed by a system of increased liability in the event that the content in question is ubiquitous in nature⁵¹¹, and consequently bound by a series of obligations, themselves reinforced, such as the following:

- an obligation to preventively (proactively) detect content that is likely to constitute an offence relating to the abuse of freedom of expression⁵¹² since service providers are technically better equipped than Internet-users to identify unlawful content, notably by means of algorithms based on semantic vectors and context⁵¹³;

⁵⁰⁵ On reducing the responsibility of access providers and hosting service providers see Huet, J. and Dreyer, E., *op. cit.*, p.121 *et seq.*; Dérieux, E., 'Réseaux sociaux et responsabilité des atteintes aux droits de la personnalité', *op. cit.*, p.82 *et seq.* Comp. Castets-Renard, C., *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien 2012, p.289 *et seq.*, which alludes to the 'conditioned irresponsibility' of hosting service providers and Internet access providers.

⁵⁰⁶ Article 6 I., 7 LCEN: "Those referred to in 1 and 2 (access providers and hosting service providers) are bound neither by a general obligation to monitor the information they publish or store nor a general obligation to monitor circumstances revealing any signs of unlawful activity.

The previous paragraph is without prejudice to any targeted and temporary monitoring activity requested by the judicial authority".

⁵⁰⁷ On this matter see Bossan, J., *op. cit.*, n°33 *et seq.* See also Monfort, J.-Y., *Audition du 25 septembre 2014*, which suggests that Internet-users are 'unarmed' against hosting service providers, who can only be held responsible under the tightest of conditions, with an 'LCEN notification' system being difficult to implement in practice.

⁵⁰⁸ See Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.185.

⁵⁰⁹ This is the criterion applied by the Court of Justice of the European Union on the grounds of Article 14 of Directive 2000/31/EU on electronic commerce (see notably CJEU, 12 July 2011, *L'Oréal & others v. E-Bay*, n° C-324/09).

⁵¹⁰ See Council of State, *Etude annuelle 2014*, *op. cit.* p.272 *et seq.*, which suggests defining the legal classification of platforms.

⁵¹¹ In this respect, the EUCJ states that the role played by search engines renders data 'ubiquitous' since it can be consulted "instantly by an unlimited number of internet users throughout the world, irrespective of any intention on the part of the person who placed it in regard to its consultation beyond that person's Member State of establishment and outside of that person's control", (EUCJ 25 October 2011, *eDate Advertising GmbH & Others*, n° C-509/09 and C-161/10, §45; EUCJ 13 May 2014, *Google Spain SL, Google Inc v. AEDP M. Costeja Gonzales*, n° C-131/12, §80.

⁵¹² Comp. Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.185, which recommends that service providers (and hosting service providers, search engine providers and access providers in particular) be bound by a legal obligation with regard to preventive monitoring in order to detect unlawful content that is considered to be of a particularly serious nature and that technically lends itself to such detection. With this in mind, it is recommended that the offences listed in Article 6 I., 7 of the LCEN be targeted.

⁵¹³ See Berthier, T., *Haines numériques*, *Tribune publiée le 28 novembre 2014*, online at www.crif.org; Corchia, D., (Concileo), *Audition du 16 décembre 2014*.

- a corresponding obligation to quickly inform and cooperate with the public authorities to enable the perpetrators of offences relating to the public expression of hatred to be identified.

20. Secondly, it is worth reiterating that the civil and criminal liability of the hosting service provider is currently dependent upon their actual awareness of the unlawful activity or information in question (Articles 6 I., 2 and 6 I., 3 of the LCEN⁵¹⁴). With regard to abuses of freedom of expression, they are, of course, obliged to put in place an "easily accessible and visible" reporting system for Internet-users (article 6 I., 7 paragraph 3 of the LCEN⁵¹⁵), which is not always the case in practice⁵¹⁶. However, failure to comply with this obligation, which is criminally sanctioned⁵¹⁷, rarely results in criminal prosecution⁵¹⁸. Moreover, it should be pointed out that such reporting has no direct impact on the hosting service provider being held liable for unlawful content since only a notification, governed by a very demanding protocol (see Article 6 I., 5 of the LCEN⁵¹⁹), leads to the presumed acquisition of knowledge of the unlawful nature of the content on the part of the service provider⁵²⁰. As far as the CNCDH is concerned, it is important that reflection on the legal consequences of reporting be initiated. With this in mind, it might be useful to consider increasing the civil and criminal liability of the hosting service provider in the event of failure on their part to respond to a significant number of reports of obviously unlawful

⁵¹⁴ Article 6 I., 2 of the LCEN provides that: "Both individuals and legal persons storing signals, written remarks, images, sounds or messages of any kind provided by the recipients of such services for the purpose of public information by means of online public communication services, even free of charge, cannot be held civilly liable for the activities or information stored at the request of a recipient of such services if they were not, in fact, aware of their unlawful nature or of any events and circumstances that might highlight this nature or if they have acted promptly to have the information in question removed or make it inaccessible as soon as they became aware of the aforementioned".

In accordance with Article 6 I., 3 of the LCEN, those acting as hosting service providers cannot be held criminally liable "owing to the information stored at the request of a recipient of such services if they were not, in fact, aware of the unlawful activity or information or if they have acted promptly to have the information in question removed or make it inaccessible as soon as they became aware of the aforementioned".

⁵¹⁵ Article 6 I., 7 paragraph 3 of the LCEN: "In light of the general interest associated with repressing the condoning of crimes against humanity, incitement to racial hatred and child pornography, those referred to above (hosting service providers and access providers) must contribute to fighting the spread of the offences listed in the fifth and eighth paragraphs of Article 24 of the law of 29 July 1881 on the freedom of the press and Article 227-23 of the French Criminal Code.

With this in mind, they must put in place an easily accessible and visible system enabling any individual to bring this type of information to their attention".

⁵¹⁶ The Court of Appeal of Paris ruled that the system put in place for bringing unlawful content to the attention of Twitter is not sufficiently visible or accessible (CA Paris 12 June 2013, *UEJF c. Twitter Inc. (Sté)*, n° 13/06106, *Rec. Dalloz* 2013, p.1614, C. Manara note; *RSC* 2013, p.566, obs. J. Francillon).

⁵¹⁷ In accordance with Article 6 VI., 1 of the LCEN, the penalty incurred is one year's imprisonment and a €75,000 fine.

⁵¹⁸ Huet, J. and Dreyer, E., *Droit de la communication numérique, op. cit.*, p.130.

⁵¹⁹ Article 6 I., 5 of the LCEN: "Those referred to in 2 (hosting service providers) are presumed aware of the contentious facts in the event that they are notified of the following:

- the date of the notification;
- if the notifier is an individual: their surname, forename(s), profession, home address, nationality and date and place of birth; if the petitioner is a legal entity: its form, its name, the address of its head office and the body that represents it in legal matters;
- the name and address of the recipient or, in the case of a legal entity, its name and its head office address;
- a description of the contentious facts and their precise location;
- the reasons for which the content should be removed, including reference to legal provisions and evidence of the facts;
- a copy of the correspondence addressed to the author or publisher of the contentious information or activity requesting that it be halted, removed or modified, or evidence that it was not possible to contact the author or publisher".

⁵²⁰ See TGI Paris 3rd Chamber 13 January 2011, *Légipresse* 2011, p.213.

hateful content⁵²¹. These new obligations are not, of course, intended to hinder freedoms of expression, innovation or enterprise.

21. Thirdly, as stated above and in addition to reporting, users have the option of notifying the hosting service provider of contentious facts. Furthermore, only in the event of regular notification can the hosting service provider be presumed aware of unlawful content and consequently held liable (article 6 I., 5 of the LCEN)⁵²². This formality, which notably requires legal characterisation of the contentious facts and accurate identification of the hosting service provider, is difficult for often resourceless non-legal practitioners to complete⁵²³. As a result, associations generally step in and take over, whereas in actual fact, all citizens should be in a position to issue an 'LCEN notification' by themselves and with ease. As far as the CNCDH is concerned, it is therefore important that these different systems (reporting and notification)⁵²⁴, which should not only be used to create a 'receipt acknowledgement' mechanism⁵²⁵ but more importantly to enable users to liaise with the approved associations, be simplified and standardised as a matter of urgency.
22. Fourthly and finally, Article 6 II. of the LCEN regarding the identification of those who have contributed to the creation of unlawful content does not provide for any legal procedure in favour of the user as the victim. Article 6 I., 8 of the LCEN does, of course, provide that the judicial authority may order the hosting service provider or, failing this, the access provider, by means of summary or ex-parte proceedings, to take any measures likely to prevent or put an end to any damages caused by the content of an online public communication service, but no such provision exists in paragraph II. This situation is extremely unfortunate since obtaining identification details can be essential to issuing an LCEN notification or implementing substantive measures. The CNCDH would therefore immediately recommend an extension of Article 6 II. of the LCEN in this respect.

C. OUTLINING AND IMPLEMENTING AN AMBITIOUS AND PROACTIVE PROSECUTION POLICY

23. The high cost and complexity of investigative acts⁵²⁶ combined with the lack of resources allocated to the PHAROS platform are a significant hindrance to the effectiveness of the criminal response to online hate speech. With this in mind, it is essential that the State outline an ambitious and proactive criminal policy and allocate sufficient resources thereto if the situation is to be remedied, which will require a number of improvements, including the following, to be made:

⁵²¹ See Souffron, J.-B. (General Secretary of the French National Digital Council), *Audition du 3 février 2015*.

⁵²² See Cass. 1st Civ., 17 February 2011, *Rec. Dalloz* 2011, p.1113, C. Manara note, which states that "notification issued by virtue of the law of 21 June 2004 must include all of the elements outlined in the present text". It goes on to claim that "the Court of Appeal, which has noted that the information stated on the formal notice was insufficient under the terms of Article 6-1-5 of the law to fulfil the notifier's obligation to describe and locate the contentious facts (...), has consequently concluded that the hosting service provider could not be blamed for any breach of the obligation to promptly remove the unlawful content or prohibit access thereto".

⁵²³ Lefranc, C. (LICRA), *Audition du 4 septembre 2014*; Monfort, J.-Y., *Audition du 25 septembre 2014*.

⁵²⁴ See Conseil National du Numérique ('French National Digital Council') 17 December 2013, *Avis n° 2013-6 sur les contenus et les comportements illicites en ligne*, online at www.cnumerique.fr.

⁵²⁵ See Falque-Pierrotin, I., *Audition du 21 janvier 2015*.

⁵²⁶ See on this matter Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.52.

- more widespread use of inquiries under aliases⁵²⁷ by surrounding it with all of the safeguards guaranteeing the protection of fundamental rights for the purpose of being able to identify the authors of unlawful content in the absence of cooperation on the part of hosting service providers or the circulation of such content on the Tor network or on the 'dark net';
- reinforced European and international cooperation for the purpose of tracing and identifying those that host sites that circulate unlawful content;
- an increase in the human, technical and material resources allocated to the PHAROS reporting platform⁵²⁸ and the structuring of report traceability, with the obligation to inform the reporter of the legal action taken as a result of their report;
- ensuring consistency between reporting platforms with a view to improving the accessibility, visibility and functionality thereof;
- structuring the sharing of information at both national and local levels by means of regular meetings involving institutional players, Internet companies and civil society with a view to taking coordinated action in order to combat hate speech and improve understanding of public action⁵²⁹;
- calling Public Prosecutor's offices to action by means of general instructions and circulars outlining a clear strategy for public action with regard to prosecuting racist, anti-Semitic and xenophobic offences⁵³⁰, notably requiring prosecutors to call for convictions to be legally published online⁵³¹;
- the use of alternatives to prosecution with the creation of special modules incorporating hate speech on the Internet as part of community rehabilitation programmes⁵³² and the use of alternatives to imprisonment with the creation of such modules as part of programmes designed to prevent perpetrators from reoffending and aimed notably at those sentenced to criminal restraint⁵³³;
- the creation of special modules incorporating hate speech on the Internet as part of so-called compensation-sanction measures⁵³⁴;
- extending the scope of jurisdiction of the *Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infraction* ('Criminal Injuries Compensation Board', CIVI) and the guarantee fund to all offences relating to abuses of freedom of expression⁵³⁵.

D. SUPPORTING AND PROMOTING THE EXPERTISE OF ASSOCIATIONS

24. The CNCDH would recommend greater involvement on the part of the public authorities in order to more effectively fight hate speech that represents a criminal offence or is likely to be a matter of civil liability. Associations are currently overwhelmed owing to a lack of engagement on the part of the State and have too few resources available to initiate

⁵²⁷ See on this matter the contribution of Quéméner, M. in CNCDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, op. cit. See also Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), op. cit., p.237-238.

⁵²⁸ See CNCDH, *Rapport 2010*, op. cit., p.165.

⁵²⁹ See Falque-Pierrotin, I. op. cit., p.48; Charef, L. (CCIF), *Audition du 16 décembre 2014*.

⁵³⁰ See Charpenel, Y., *Audition du 11 septembre 2014*.

⁵³¹ See CNCDH, *Rapport 2010*, op. cit., p.165-166.

⁵³² Article 41-1 2° of the French Code of Criminal Procedure.

⁵³³ Article 131-8-2 of the French Criminal Code and Articles 713-42 and following of the French Code of Criminal Procedure.

⁵³⁴ Articles 131-3, 8° of the French Criminal Code and 12-1 of ruling n°45-174 of 2 February 1945 regarding childhood delinquency.

⁵³⁵ See Goldman, S., op. cit., p.177.

complex and costly procedures⁵³⁶. They are not, therefore, in a position to rectify the asymmetry of power that exists between resourceless victims and the commercial corporations that provide Internet services. As a result, the CNCDH must salute the considerable efforts and exemplary devotion on the part of associations. It can only ask that the public authorities promote the expertise of associations and provide funding that would enable such bodies to fulfil their missions under proper conditions. Finally, cultural mediation and specialist prevention must be encouraged and supported by the public authorities.

III. HAVING ACCESS TO A RESPONSIVE AND INNOVATIVE INTERNET REGULATORY BODY

25. The State must fully commit to the issue of fighting hate speech on the Internet by establishing a strong, specialist and coherent presence as the only body that can regain sovereignty on the matter. This is all the more essential given that the proliferation of hate speech online has the ability to give rise to mass litigation. It is therefore vital that there be a body that can take preventive action and provide a fast and appropriate response. With this in mind, the CNCDH would recommend that either an existing independent administrative authority (IAA)⁵³⁷ or one established for this purpose be entrusted with the general mission of protecting rights and freedoms in the digital sphere. Such a body should be responsive and innovative, as is its target, the digital world. Whilst it is perfectly aware of the current leaning towards the need on the part of IAAs to make savings and streamline their activities⁵³⁸, the CNCDH is nevertheless convinced that such an institution would be entirely justified. The aim, of course, is to restore the online presence of the public authorities by means of a decriminalisation approach, with the judicial authority having to intervene only in the secondary instance, in the event that the solution provided by the IAA fails to achieve the desired effect⁵³⁹. In this respect, it must be pointed out that prioritising the effectiveness of the administrative response in this way does not result in any decriminalisation since an element of criminal offence remains. Indeed, as has already been stated, the issue here is not one of repealing offences relating to abuses of freedom of expression.

A. PUTTING AN END TO INSTITUTIONAL UNREST BY APPOINTING A SINGLE, INDEPENDANT AND IMPARTIAL REPRESENTATIVE

26. There is currently neither an interministerial delegation nor an independent administrative authority that serves as a reference body in the field of cyber-criminality⁵⁴⁰. Following on

⁵³⁶ It is worth remembering that authors of unlawful content and hosting service providers are often located abroad, which requires legal procedures to be followed in the country in which they are based or in which they have their head office. Furthermore, a screenshot is not considered to be sufficient proof. In order to initiate a legal procedure it is necessary to have a bailiff's report on the unlawful online content drawn up (see Goldman, *S. op. cit.*, p.176).

⁵³⁷ There are at least three administrative authorities whose field of jurisdiction could be extended, these being the CSA, the HADOPI and the CNIL.

⁵³⁸ See *Rapport d'information du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale sur les autorités administratives indépendantes*, Volume I., October 2010; *Rapport d'information de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur les autorités administratives indépendantes*, June 2014.

⁵³⁹ On the matter of decriminalisation see Lazerges, C., *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan 2000; Jung, H., *Was ist Strafe ?*, Nomos 2002, p.68 *et seq.*

⁵⁴⁰ See Groupe de Travail Interministériel sur la Lutte contre la Cybercriminalité ('Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality'), *op. cit.*, p.138 *et seq.*: "Whilst, with regard to developing the digital

from the Robert report, the CNCDH can only observe the fragmented nature of the organisations, initiatives and partnerships established between the public authorities and certain private service providers⁵⁴¹. This fragmentation of State intervention plays into the hands of commercial corporations claiming alien status, to the detriment of those who willingly comply with the legal obligations by which they are bound. It is unacceptable for purely economic factors to take precedence over the public interest, which demands that cyber-criminality and therefore the proliferation of online hate speech be effectively combated⁵⁴². With this in mind, the CNCDH believes there is an urgent need to establish a single point of contact for all Internet players, both institutional and non-institutional. Public regulation, in the form of a single independent representative responsible for protection and prevention where Internet-users are concerned and for ensuring that a series of obligations common to both users and companies are fulfilled, would appear to be the most appropriate solution.

27. Above and beyond this, the CNCDH wishes to reiterate that the protection of the public interest could not permit the introduction of a 'private censorship' system whereby the technical service provider would be the only party with the power to remove content with no possible recourse⁵⁴³. Clearly, neither should it be a matter of establishing a State system for initially monitoring content posted online, as is the case with authoritarian and dictatorial regimes⁵⁴⁴. Such an option, which would disproportionately violate freedom of expression and the right to privacy, would inevitably result in the demise of the Internet⁵⁴⁵. This being the case, establishing a balance between protecting freedom of expression and protecting the public interest calls for impartial and analytical control on the part of an independent body as the only party with the ability to maintain a subtle balance between these two principles. The appearance of impartiality and independence could be guaranteed by an IAA with a more pluralist composition, combining representatives of civil society (associations and NGOs), representatives of commercial service providers and justice professionals.

B. INTRODUCING AN ANNUAL MISSION TO EVALUATE PUBLIC POLICIES DESIGNED TO COMBAT THE PROLIFERATION OF HATE SPEECH ON THE INTERNET

28. The proposed IAA could easily establish itself in the institutional landscape alongside an interministerial delegation, be this a new delegation that would be created to have

economy and fighting the digital divide, such matters are the responsibility of a specific ministerial department, the Interministerial Delegation of Economic Intelligence and the Delegation for Internet use, with regard to cyber defence the matter is entrusted to the General Secretariat for Defence, under the direct command of the Prime Minister, and with regard to technological security and the technical response to cyber attack such matters, at least in the case of companies deemed to be sensitive, fall within the jurisdiction of the French Network and Information Security Agency (ANSSI), also under the command of the Prime Minister, there is no comparable organisation for fighting cyber criminality, which is a matter that is dealt with jointly by the police and the justice system, along with various specialist administrative bodies, whilst the existing independent administrative bodies, the jurisdiction of which is often limited to a particular sector (personal data protection, online gaming, copyright protection, etc.), are not intended to play a unifying role".

⁵⁴¹ See Robert, M., *Audition du 3 décembre 2014*.

⁵⁴² Article 6 I., 7 of the LCEN.

⁵⁴³ See Council of State, *Etude annuelle 2014, op. cit.*, p.225 et seq.

⁵⁴⁴ See Achilléas, P., 'Internet et libertés', *op. cit.*, n° 38.

⁵⁴⁵ See Mbongo, P., *Audition du 23 octobre 2014*.

general jurisdiction in the field of cyber criminality⁵⁴⁶ or even the Interministerial Delegation for the Fight Against Racism and Anti-Semitism (DILCRA), which is already developing innovative missions as part of the fight against online racism⁵⁴⁷. As far as the CNCDH is concerned, the IAA could provide an independent appraisal of the public policies that the interministerial delegation would be responsible for implementing. The traditional separation of the functions of player and appraiser requires a bicephalous organisation. This appraisal of public action could notably give rise to the annual publication of a report.

C. CREATING AN ONLINE HATE SPEECH OBSERVATORY

29. The IAA could, owing to its special position and as a result of a dialogue established and maintained with companies, Internet-users and the public authorities, serve as an observatory for the purpose of better understanding manifestations of hatred on the Internet, as well as developments therein and systems for combating such manifestations. Such observation would notably be fuelled by the qualitative and quantitative reports produced by the PHAROS platform, by the conducting of victimhood surveys and studies and research carried out by a scientific college, and by the creation of a monitoring unit. In order for the work undertaken by the observatory to be operational, the various players concerned, both public and private, would be required to produce a report on the measures and systems put in place. In this respect, the IAA could centralise information provided by private service providers in relation to unlawful activities and the resources devoted to fighting the latter, as is required by Article 6 of the LCEN⁵⁴⁸. This monitoring on the part of the independent authority would offer the advantage of capitalising on an intricate knowledge of the phenomena in question and examining in depth the systems put in place by commercial enterprises to fight such phenomena. As a result, the CNCDH recommends that an annual assessment of the fulfilment on the part of private service providers of their legal obligations, which would serve to increase both the visibility and, *in fine*, by means of 'brand image' and the upward levelling effect, the effectiveness of the system designed to fight hate speech. There are also plans to certify those sites that do respect fundamental rights and freedoms⁵⁴⁹.

D. DEVELOPPING PARTNERSHIPS WITH THE AIM OF PRODUCING A CONSISTENT AND COHERENT NORMATIVE FRAMEWORK

30. The IAA could implement a joint regulation initiative where private service providers are concerned as part of an approach that encourages partnership and dialogue rather than confrontation⁵⁵⁰. The outlining of a series of mutually accepted rules is a measure of greater effectiveness, provided that they are negotiated with a single representative.

⁵⁴⁶ See Recommendation n°7 of the *Rapport Robert* regarding the creation of an Interministerial Delegation for the Fight Against Cyber-Criminality (Interministerial Working Group on Fighting Cyber-Criminality, *op. cit.*, p.141).

⁵⁴⁷ See on this matter the contribution of the DILCRA in CNCDH, *Rapport 2014. La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie*, *op. cit.*

⁵⁴⁸ See *supra*.

⁵⁴⁹ Take, for example, the 'net+sûr' certification launched by the AFA in 2005 with the aim of guaranteeing a parental control tool, access to information designed to protect children and one-click access to a form for reporting abuse (see <http://www.afa-france.com/netplussur.html>).

⁵⁵⁰ See Dérieux, E., 'Régulation de l'internet', *op. cit.*, p.98, who writes: "Is there any form of self-regulation or reference to ethics or morality that might serve to control the shared use of the Internet by professionals and

31. First and foremost, partnerships could focus on outlining a series of general conditions of use that comply with the laws in force and respect fundamental rights and freedoms⁵⁵¹, which are unfortunately often somewhat abstruse and difficult to access. In order to better guarantee freedom of expression, it is essential that the criteria for removing content be clarified and explicitly outlined in a series of clear and accessible general conditions of use. The CNCDH must reiterate the fact that the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a Recommendation on a Guide to human rights for Internet users, which states that "human rights, which are universal and indivisible, and related standards, prevail over the general terms and conditions imposed on Internet users by any private sector actor"⁵⁵².

32. Secondly, partnerships could be established to encourage the adoption of charters focusing on outlining editorial rules for websites or even increasing coherence between the various unlawful content reporting platforms that are currently being developed in an entirely uncoordinated manner. The CNCDH would emphasise the importance of working on producing a consistent and coherent normative framework that applies to all digital professions, contrary to the current situation that has arisen as a result of fragmented State intervention. Indeed, the idea that certain companies should be able to take advantage of their economic power to negotiate reduced obligations or even avoid any obligation whatsoever when others are obliged to comply is not only incomprehensible and counter-productive but also anti-competitive. Under no circumstances should this partnership-based approach be allowed to resemble any resignation on the part of the State towards any of the economic players concerned.

E. DIVERSIFYING AND INDIVIDUALISING RESPONSES TO HATE SPEECH ON THE INTERNET

33. Soft law has limits that the restrictive rules of law must then compensate for, most notably in the case of abuses of freedom of expression. The CNCDH cannot emphasise too strongly the dangers associated with blind and 'standardised' suppression in relation to hate speech. Indeed, the response has to be appropriate to the offender's profile, since a case of mere negligence on the part of the technical service provider will not call for the same reaction as the characterized defiance of a foreign company that refuses to comply with French obligations; likewise, an inappropriate use of language on the part of an Internet-user should not result in as harsh a punishment as would befit a considered and recurrent hate speech activist. With regard to mass disputes, the CNCDH believes it essential to diversify the responses provided with the emphasis on adopting a graded approach that takes into account the gravity and recurring nature of hateful remarks, ranging from decriminalisation to the initiation of criminal prosecution. With this in mind, the IAA could be entrusted with a range of powers, thus combining the obligations by which both private service providers and Internet-users are bound, and mechanisms designed to prevent and,

amateurs alike? Would it not primarily facilitate self-defence and self-justification for some? Are economic concerns and industrial interests not likely to take precedence over all else?"

⁵⁵¹ In this respect we might refer to the online hosting service and Internet access provider charter on combating certain content produced by the French Access Providers Association (AFA), the so-called 'undesirable content charter', signed in June 2004 at the same time as the promulgation of the LCEN (see http://www.afa-france.com/charte_contenusodieux.html).

⁵⁵² Committee of Ministers of the Council of Europe 16 April 2014, *Recommendation CM/Rec (2014) 6 on a Guide to human rights for Internet users*.

in the event of failure only, suppress breaches thereof. In this respect, the CNCDH firmly believes that the response should be individualised, something that would require greater diversity in the range of tools available to the IAA which could result in the following:

- service providers who fail to fulfil their legal obligations, and those outlined in Article 6 of the LCEN in particular, being warned that this is the case, with the possibility of such a warning being published online if need be, thus encouraging the service provider to comply with the requirements of the law in order to protect their brand image;
- users being warned of any breach of obligations, this warning consisting of informing the Internet-user of the offence committed and the potential sanctions. At the same time, the IAA could develop an initiative designed to formulate counter-discourse, along the lines of the copyright protection initiative developed by the HADOPI, thus offering Internet-users, when the situation arises, alternatives to simplistic arguments, notably by means of the circulation of quantitative indicators⁵⁵³;
- mediation between private service providers and Internet-users, be they authors or victims of unlawful content. In a relationship that all too often resembles the battle between David and Goliath, it is important that the economically weaker party be protected. It is currently difficult for the Internet-user to assert their observations in the event of a refusal to remove the unlawful content, silence on the part of the duly notified private service provider or even any removal of content that is considered to be abusive;
- the hosting service provider being issued with a formal notice demanding that they remove any obviously unlawful content or that they repost any lawful content;
- the hosting service provider being issued with a formal notice informing them of the information required to identify the author of unlawful content. In the absence of any response from the service provider, the IAA could refer the matter to the judge ruling on applications for interim measures.

34. Furthermore, a number of the hearings conducted at the CNCDH revealed that hosting service providers sometimes have difficulty assessing the 'obviously unlawful' nature of content⁵⁵⁴, despite the fact that they are required by constitutional case law to remove such content⁵⁵⁵. Furthermore, the IAA could be entrusted with a legal intelligence mission, asked by hosting service providers to give its opinion and be responsible for managing a 'wastebin' designed to hold dubious content, that is a space reserved for the temporary storage of such content pending a court decision. It could, at the same time, be authorised to order the temporary delisting of dubious content.

35. With regard to the potential sanctioning power that could be granted to the IAA, this must be exercised in accordance with constitutional requirements. The Constitutional Council has asserted on a number of occasions that an administrative authority can be granted

⁵⁵³ Such as the '*10 chiffres clés sur l'immigration en France*' published on the Government's website to mark the opening of the Museum of History and Immigration in December 2014, which discredits preconceived ideas regarding the number of immigrants in France, their origin and even their level of qualification (see <http://www.gouvernement.fr/10-chiffres-qui-vont-vous-surprendre-sur-l-immigration-en-france>).

⁵⁵⁴ See Gay, C. and d'Arcy, N. (AFA), *Audition du 9 octobre 2014*. See also Roux, O., 'Le contenu manifestement illicite...n'est pas toujours évident', *RLDI* 2013, n° 95, p.36 *et seq.*

⁵⁵⁵ Const. Coun. 10 June 2004, n° 2004-496 DC, considering n° 9.

sanctioning power by law provided that it does not involve any deprivation of liberty and that it is exercised in combination with measures designed to safeguard constitutionally guaranteed rights and freedoms⁵⁵⁶. This sanctioning is all the more restricted, particularly with regard to freedom of expression and communication, since it "is a condition of democracy and one of the guarantees of respect for other rights and freedoms; (...) any impediment to the exercising of this freedom must be necessary, appropriate and proportionate to the objective being pursued"⁵⁵⁷. The Elders, reiterating the fact that Internet access is an integral part of freedom of expression, have consequently nullified the system with which the HADOPI Rights Protection Commission was entrusted, authorising it to suspend the offending Internet-user's access to the Internet having implemented the appropriate warning procedure. It is essential that the judicial authority be responsible for such a power⁵⁵⁸. With regard to our hypothesis, a judge could very well limit a subscriber's Internet access, whilst ruling without undue delay upon referral to the IAA following the unsuccessful issuing of formal notification.

36. As for the removal of content by the hosting service provider, this is considered to hinder both the free circulation of information and freedom of expression. This is particularly true with regard to an access provider blocking a site⁵⁵⁹. Indeed, any prior restriction on online expression will result in a heavy presumption of incompatibility with Article 10 of the ECHR⁵⁶⁰, which is why the CNCDH believes it necessary for a judge to intervene to order and monitor the removal of unlawful content and the blocking of websites⁵⁶¹, since such

⁵⁵⁶ Const. Coun. 17 January 1989, n°88-248 DC: "the law may (...) grant the independent authority responsible for guaranteeing the exercising of freedom of audiovisual communication certain sanctioning powers deemed necessary to the fulfilment of its mission without detriment to the principle of the separation of powers", (considering n°27); Const. Coun. 28 July 1989, n°89-260 DC: "the principle of the separation of powers does not stand in the way of an administrative authority, acting in accordance with the prerogatives of public authority, exercising any sanctioning power any more than any principle or rule of constitutional value, provided, on the one hand, that the sanction that is likely to be imposed does not involve any deprivation of liberty, and on the other hand, that the exercising of sanctioning power is combined by law with measures designed to safeguard constitutionally guaranteed rights and freedoms" (considering n°6).

⁵⁵⁷ Const. Coun. 10 June 2009, n°2008-580 DC: "Bearing in mind that the sanctioning powers introduced by the provisions criticized authorise the Rights Protection Commission, which is not a jurisdiction, to restrict or to withdraw subscribers' Internet access, as well as that of those who benefit from it; that the recognised expertise of this administrative authority is not limited to a particular category of person but rather extends to the population as a whole; that its powers can result in a restriction on the exercising by any person of their right to express themselves and to communicate freely, particularly from their own home; that, this being the case, and in light of the nature of the freedom guaranteed by Article 11 of the 1789 Declaration, the legislator could not, regardless of the guarantees governing the imposition of sanctions, entrust such powers to an administrative authority for the purpose of protecting the rights of copyright holders and related rights".

⁵⁵⁸ Law n°2009-1311 of 28 October 2009 on the criminal protection of literary and artistic property on the Internet.

⁵⁵⁹ The Constitutional Council has approved a system for the administrative blocking of a site for the purpose of fighting child pornography (Const. Coun. 10 March 2011, n°2011-625 DC: "the disputed provisions only give the administrative authority the power to restrict, in order to protect the Internet-user, access to online public communication services when and insofar as they are circulating images of child pornography; that the decision of the administrative authority is likely to be contested at any time and by any interested party before the competent court, or, if necessary, by means of summary proceedings; that, this being the case, its provisions provide for a conciliation that is not disproportionate between the aim of the constitutional value of safeguarding public order and the freedom of communication guaranteed by Article 11 of the 1789 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen").

⁵⁶⁰ See the concurring opinion of judge Paulo Pinto de Albuquerque (under ECtHR 18 December 2012, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, *op. cit.*), which refers to the case of *Banatan Books, Inc. v. Sullivan* (372 U.S. 58 (1963): "Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity").

⁵⁶¹ See French National Assembly, Commission *ad hoc* de Réflexion et de Propositions sur le Droit et les Libertés à l'Age du Numérique ('Ad hoc Commission on Law and Liberties in the Digital Age'), *Recommandation sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, which

measures are considered to seriously interfere with freedom of expression and communication⁵⁶². More specifically, a magistrate could rule on summary proceedings within a short time frame of 48 or 72 hours, upon referral to the IAA. As previously stated, it is important that the judge intervene only in the secondary instance and that the matter be referred to them only after the publisher or hosting service provider has been formally notified by the IAA of the need to remove or republish the contentious content.

37. As far as the CNCDH is concerned, a site should only be blocked as a last resort since this measure is not technically reliable⁵⁶³, owing to the risk of over-blocking and of the issue being circumvented by means of the consequent duplication of unlawful content from one site to another. This being the case, it is essential that the appropriate action be taken first and foremost with the hosting service provider. Only in the event that the latter is unknown or difficult to get hold of as a result of them being based abroad should action be taken against the access provider⁵⁶⁴.
38. Finally, the IAA could be given a role to play in the enforcement and monitoring of conviction decisions - of both service providers and Internet-users - that it could be responsible for posting online. In order to prevent content that has been deemed unlawful from being recirculated, it could primarily be given the power to order any service provider to prevent such content from being reposted or duplicated. Still, as part of its mission to enforce and monitor court rulings, the IAA could be authorised to produce a list of sites to be blocked subject to the approval of the judicial authority whilst ensuring that said list is updated on a regular basis⁵⁶⁵. This option offers the significant advantage of avoiding multiple reports, LCEN notifications⁵⁶⁶ and, where applicable, costly and complex proceedings.

reiterates the fact that the "prerequisite to a court ruling would appear to be a vital principle with regard to respecting all of the interests represented when there are plans to block access to unlawful content on digital networks. Not only does this prerequisite constitute a strong guarantee of freedom of expression and communication but it is also designed to maintain neutrality in networks".

⁵⁶² See Const. Coun. 10 March 2011, n°2011-625 DC.

⁵⁶³ See Esper, O., Maganza, F., and Guiroy, T. (Google France), *Audition du 25 septembre 2014*. The *Conseil National du Numérique* ('French National Digital Council') defended an identical position in its opinion on Article 9 of the bill designed to reinforce provisions regarding the fight against terrorism (*Avis n° 2014-3 sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, online at www.cnumerique.fr).

⁵⁶⁴ Comp. Cass. 1st Civ., 19 June 2008, n°07-12.244, which claims that the prescription of measures designed to put an end to any discord is not conditional upon the preliminary implication of the hosting service provider. However, Article 6 I., 8 of the LCEN provides that the judicial authority may order the hosting service provider "or, failing this", the access provider, by means of summary or ex-parte proceedings, to take "any measures likely to prevent or put an end to any damages caused by the content of an online public communication service".

⁵⁶⁵ See Imbert-Quaretta, M., *Les outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne. Rapport à Madame la Ministre de la culture et de la communication*, May 2014, p.23 et seq.

⁵⁶⁶ It should be noted that the Court of Cassation has ruled, by virtue of Articles 6 I., 2, 6 I., 5 and 6 I., 7 of the LCEN, that a new notification that complies with the formalities outlined in the aforementioned Article 6 I., 5 must be issued every time the unlawful content reappears. In the event that the hosting service provider were to act promptly by removing the unlawful content in question (in this instance an offending image) or making it inaccessible without further notification, this would result in them being bound by a general obligation to monitor content (Cass. 1st Civ., 12 July 2012, n°11-151.165 and 11-151.188).

IV. ADOPTING A NATIONAL DIGITAL EDUCATION AND CITIZENSHIP PLAN

39. A truly inclusive information society should enable all citizens to acquire the skills they need to be able to understand and interact online, as outlined in the requirements of the fundamental right to education, recognised notably by Article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights⁵⁶⁷. Online communication is a fundamental freedom, but also a responsibility that requires a certain amount of learning⁵⁶⁸. The CNCDH believes that it is essential that a national action plan⁵⁶⁹, focusing notably on digital education and citizenship, be implemented and involve the main ministries concerned (the Secretary of State for Digital Affairs, the Ministry of National Education, the Ministry of the Interior, the Ministry of Justice and the Secretary of State for Family Affairs), the *Conseil National du Numérique* ('French National Digital Council'), representatives of the education sphere and of family life, associations and Internet players and users. This action plan could focus on the following:

- promoting 'digital humanities' by means of support for innovation with regard to creating new participation and deliberation procedures designed to reinforce a sense of citizenship⁵⁷⁰;
- promoting free and responsible speech by outlining a series of codes of conduct aimed at Internet-users;
- conducting universal information campaigns (TV/Internet) on the issue of preventing hate speech⁵⁷¹;
- the implementation of initiatives designed to raise awareness among and provide information for parents to encourage them to be vigilant with regard to both their educational role in the field of digital citizenship and to their own responsibilities in terms of their child's use of the Internet⁵⁷². The CNCDH wishes to emphasise this recommendation in particular since younger generations often have a much better command of computing tools and new technologies than older generations⁵⁷³;
- incorporating an element of specific training relating to the Internet and the civic use thereof, as well as the more general codes of practice that should be adopted, into national education curricula⁵⁷⁴;
- encouraging national education and players in civil society to promote an informed use of the Internet that will enable both young and old alike to distinguish between good and bad information so that they may independently form their own opinion;
- producing educational tools designed for all of the audiences concerned (users, parents, children, teachers, etc.);

⁵⁶⁷ Achilléas, P., 'Une société mondiale de l'information inclusive comme préalable à la formation des opinions publiques' in Lepage, A. (dir.), *L'opinion numérique*, *op. cit.*, p.121.

⁵⁶⁸ See Schmidt, P. (INACH), *Audition du 4 septembre 2014*.

⁵⁶⁹ See Economic, Social and Environmental Council (ESEC) 13 January 2015, *op. cit.*, p.72, which calls for the Government to make digital education the 'major national cause for 2016'.

⁵⁷⁰ See Wieviorka, M., *op. cit.*, p.41.

⁵⁷¹ See Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.54.

⁵⁷² See Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.55.

⁵⁷³ See Octobre, S. (French Minister of Culture and Communication/General Secretariat/Department of Studies, Forecasting and Statistics), *Deux pouces et des neurones. Les cultures juvéniles de l'ère médiatique à l'ère numérique*, La Documentation Française 2014.

⁵⁷⁴ See Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.54.

- increasing both the ability of associations involved in fighting racism, anti-Semitism and xenophobia to take action and the synergies that exist between such associations, notably by means of a special purpose grant⁵⁷⁵;
- outlining and developing, in conjunction with civil society, 'counter-discourse' aimed at both young and old alike⁵⁷⁶. In this respect, the CNCDH must salute dynamic and innovative initiatives such as the *Pousse ton cri* campaign, whereby a group of associations (the LICRA, the MRAP, SOS Racisme and the UEJF) invited both younger and older Internet-users to spontaneously express their intolerance of hatred in videos that were then posted online.

SUMMARY OF PRIMARY RECOMMENDATIONS

Recommendation n° 1: The CNCDH recommends that public authorities improve the tools making it possible to establish the extent of the proliferation of hate speech on the Internet, notably through the introduction of statistical tools, with a specific breakdown of offences committed on or via the Internet, and the funding of research in the field.

Recommendation n° 2: The CNCDH recommends that the French State implement strong diplomatic measures to have those States hosting sites that publish hate speech sign and ratify Additional Protocol n° 189 of the Council of Europe's Convention on Cybercrime dealing specifically with racism and anti-Semitism.

Recommendation n° 3: The CNCDH recommends outlining the territorial scope of Article 6 of the French law on trust in the digital economy (LCEN), the provisions of which should apply to any company conducting any form of economic activity in France.

Recommendation n° 4: The CNCDH recommends that the State stimulate the French digital industry and support innovation in the field. A policy designed to hold companies accountable with regard to respecting human rights, and the French understanding of freedom of expression in particular, is also crucial in the current context.

Recommendation n° 5: The CNCDH recommends that the public authorities promote the expertise of associations and provide funding that would enable such bodies to fulfil their mission of fighting racism, anti-Semitism and xenophobia under proper material conditions.

Recommendation n° 6: The CNCDH solemnly recommends that any offences relating to abuses of freedom of expression continue to be governed by the law of 29 July 1881 *on the freedom of the press*.

Recommendation n° 7: The CNCDH recommends that certain legislative improvements be made in order to more effectively combat the proliferation of hate speech posted on the Internet by non-professional Internet-users and facilitate victims' access to justice, including the following:

⁵⁷⁵ See Falque-Pierrotin, I., *op. cit.*, p.57.

⁵⁷⁶ Over the course of the hearings conducted at the CNCDH, the *La Quatradure du Net* ('Squaring of the Net') association (J. Zimmermann, *Audition du 2 octobre 2014*; F. Tréguer, *Audition du 9 octobre 2014*) and *Renaissance Numérique* ('Digital Renaissance') (G. Buffet, *Audition du 2 octobre 2014*) in particular emphasised the need to outline such 'counter-discourse'. This matter was also addressed by P. Cartes (Twitter) and D. Reyre (Facebook France) during the hearings of 2 October 2014.

- improving the intelligibility and understanding of the provisions of the law of 29 July 1881, particularly defining and updating the notions of public space and private space in Web 2.0 to reflect new types of digital communities and networks;
- considering the digitisation of procedures (and of summons and notifications in particular); simplifying and facilitating summary procedures, notably through the introduction of a digital summary judgement (rather than maintaining various summary judgements on the matter). Generally speaking, it is important that the procedural chain, beginning with LCEN reporting and notification systems (standardisation of said systems/enabling users to liaise with the approved associations/improving the quality of the reports filed/acknowledging receipt), right through to the possibility of lodging complaints online, be clarified and simplified as a matter of urgency;
- introducing a right to reply on the Internet in favour of anti-racism associations;
- giving the judge the power to order that a site cease to operate, in the same vein as the possibility of suspending a newspaper for 3 months in the event of incitement to racial hatred;
- giving the judge the power to order the cessation of an online communication service for any offence relating to abuses of freedom of expression;
- initiating reflection on the relevance of increasing the statute of limitations;
- considering the possibility of holding legal entities criminally liable, aside from press organisations.

Recommendation n° 8: The CNCDH recommends clarifying and more clearly distinguishing those Internet service providers that play 'an active role' in the content published online, notably by means of referencing and classification services or even personalised recommendations for Internet-users. As far as the CNCDH is concerned, the latter should be governed by a system of increased liability in the event that the content in question is ubiquitous in nature, and consequently bound by a series of obligations, themselves reinforced, such as the following:

- an obligation for such service providers to preventively (proactively) identify unlawful acts since they are technically better equipped to identify unlawful content;
- a corresponding obligation to quickly inform and cooperate with the public authorities to enable the perpetrators of offences relating to the public expression of hatred to be identified.

Recommendation n° 9: The CNCDH recommends that reflection on the legal consequences of reporting based on Article 6 I., 7 of the LCEN be initiated. With this in mind, it might be useful to consider increasing the civil and criminal liability of the hosting service provider in the event of failure on their part to respond to a significant number of reports of obviously unlawful hateful content. These new obligations are not, of course, intended to hinder freedoms of expression, innovation or enterprise.

Recommendation n° 10: The CNCDH recommends that Article 6 II. of the LCEN sanction the possibility of the user requesting that the judge, by means of summary or ex-parte proceedings, provide information relating to the identification of those who have contributed to the creation of unlawful content.

Recommendation n° 11: The CNCDH recommends that the public authorities outline and implement a proactive policy designed to suppress hate speech on the Internet, which will require a number of improvements, including the following, to be made:

- an increase in the use of inquiries under aliases by surrounding it with all of the safeguards guaranteeing the protection of fundamental rights for the purpose of being able to identify the authors of unlawful content in the absence of cooperation on the part of hosting service providers or the circulation of such content on the Tor network or on the 'dark net';
- reinforced European and international cooperation for the purpose of tracing and identifying those that host sites that circulate unlawful content;
- an increase in the human, technical and material resources allocated to the PHAROS reporting platform and the structuring of the traceability of reports, with the obligation to inform the reporter of the legal action taken as a result of their report;
- ensuring consistency between reporting platforms with a view to improving the accessibility, visibility and functionality thereof;
- structuring the sharing of information at both national and local levels by means of regular meetings involving institutional players, Internet companies and civil society with a view to taking coordinated action in order to combat hate speech and improve understanding of public action;
- calling Public Prosecutor's offices to action by means of general instructions and circulars outlining a clear strategy for public action with regard to prosecuting racist, anti-Semitic and xenophobic offences, notably requiring prosecutors to call for convictions to be legally published;
- the use of alternatives to prosecution with the creation of special modules incorporating hate speech on the Internet as part of community rehabilitation programmes and the use of alternatives to imprisonment with the creation of such modules as part of programmes designed to prevent perpetrators from reoffending and aimed notably at those sentenced to criminal restraint;
- the creation of special modules incorporating hate speech on the Internet as part of so-called compensation-sanction measures;
- extending the scope of jurisdiction of the *Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infraction* ('Criminal Injuries Compensation Board', CIVI) and the guarantee fund to all offences relating to abuses of freedom of expression.

Recommendation n° 12: The CNCDH recommends that an independent administrative authority (IAA) be created and that such a body be flexible, responsive and innovative, as is its target, the digital world. This IAA would be responsible for the following:

- providing an initial individual response following reports of unlawful content;
- developing partnerships with private service providers to encourage the production of charters (focusing notably on editorial rules for websites and increasing coherence between reporting platforms) and the outlining of a series of general conditions of use that comply with the laws in force and respect fundamental rights and freedoms;
- serving as an observatory for the purpose of better understanding manifestations of hatred on the Internet, as well as developments therein and systems for combating such manifestations;

- performing a legal intelligence role. The IAA could therefore be asked by hosting service providers to give its opinion in the event of any doubt regarding the unlawful nature of any content and be responsible for managing a 'wastebin' designed to hold dubious content, that is a space reserved for the temporary storage of such content pending a court decision;
- providing an appraisal of the public policies implemented for the purpose of fighting hate speech on the Internet by means of the annual publication of a report;
- certifying those sites that do respect fundamental rights and freedoms.

Recommendation n° 13: The CNCDH recommends that responses be graduated and is particularly keen that they should be individualised, something that would require greater diversity in the range of tools available to the IAA, which could then result in the following:

- service providers who fail to fulfil their legal obligations, and those outlined in Article 6 of the LCEN in particular, being warned that this is the case, with the possibility of such a warning being published online if need be, thus encouraging the service provider to comply with the requirements of the law in order to protect their brand image;
- users being warned of any breach of obligations by informing the Internet-user of the offence committed and the potential sanctions;
- mediation between private service providers and Internet-users;
- the hosting service provider being issued with a formal notice demanding that they remove any obviously unlawful content or that they repost any lawful content;
- the hosting service provider being issued with a formal notice informing them of the information required to identify the author of unlawful content. In the absence of any response from the service provider, the IAA could refer the matter to the judge ruling on applications for interim measures;
- the temporary delisting of any dubious content once it has been reported;
- the matter being referred to the judge ruling on applications for interim measures with a view to suspending the offending Internet-user's access to the Internet following the unsuccessful issuing of formal notification;
- the matter being referred to the judge ruling on applications for interim measures with a view to having the unlawful content removed by the hosting service provider following the unsuccessful issuing of formal notification;
- the matter being referred to the judge ruling on applications for interim measures with a view to having a website blocked by an access provider, it being specified that, owing to technical complications, this measure should be adopted only as a last resort.

Recommendation n° 14: The CNCDH recommends that the IAA have a role to play in the enforcement and monitoring of conviction decisions that it could be responsible for posting online. In order to prevent content that has been deemed unlawful from being recirculated, it could primarily be given the power to order any service provider to prevent such content from being reposted or duplicated. Still as part of its mission to enforce and monitor court rulings, the IAA could be authorised to produce a list of sites to be blocked subject to the approval of the judicial authority whilst ensuring that said list is updated on a regular basis.

Recommendation n° 15: The CNCDH recommends adopting a national action plan, focusing notably on digital education and citizenship and involving the main ministries concerned (the Secretary of State for Digital Affairs, the Ministry of National Education, the Ministry of the Interior, the Ministry of Justice and the Secretary of State for Family Affairs), the *Conseil National du Numérique* ('French National Digital Council'), representatives of the education sphere and of family life, associations and Internet players and users. This action plan could focus on the following:

- promoting 'digital humanities' by means of support for innovation with regard to creating new participation and deliberation procedures designed to reinforce a sense of citizenship;
- promoting free and responsible speech by outlining a series of codes of conduct aimed at Internet-users;
- conducting universal information campaigns (TV/Internet) on the issue of preventing hate speech;
- the implementation of initiatives designed to raise awareness among and provide information for parents to encourage them to be vigilant with regard to both their educational role in the field of digital citizenship and to their own responsibilities in terms of their child's use of the Internet;
- incorporating an element of specific training relating to the Internet and the civic use thereof, as well as the more general codes of practice that should be adopted, into national education curricula;
- producing educational tools designed for all of the audiences concerned (users, parents, children, teachers, etc.);
- increasing the ability of associations involved in fighting racism, anti-Semitism and xenophobia to take action, as well as the synergies that exist between such associations, notably by means of a special purpose grant;
- outlining and developing, in conjunction with civil society, 'counter-discourse' aimed at both young and old alike.

Avis sur le respect des droits fondamentaux des populations vivant en bidonvilles

Mettre fin à la violation des droits

Assemblée plénière du 20 novembre 2014

(Adoption à l'unanimité)

1. Alors que l'année 2012 avait suscité un regain d'espoir quant au respect des droits fondamentaux des populations vivant en bidonvilles, illustré notamment par la circulaire interministérielle du 26 août 2012, il est nécessaire de constater deux ans après que l'on est encore très loin du « traitement égal et digne de toute personne en situation de détresse sociale » appelé dans son préambule.
2. La CNCDH s'est saisie de la question du respect des droits fondamentaux des populations vivant en bidonville, alertée par le nombre d'évacuations sans précédent enregistrées au cours de la dernière année. La Commission dénonce l'application partielle et hétérogène sur le territoire de cette circulaire - dont le volet répressif a supplanté les actions d'insertion et d'accompagnement social - et estime qu'on ne peut construire une politique sur la violation des droits.
3. Ces évacuations forcées contraignent ces personnes à l'errance et rendent impossible l'accès aux droits fondamentaux. Elles illustrent par ailleurs une volonté répressive guidée par une acceptation grandissante des attitudes racistes et discriminantes à l'égard des populations roms migrantes vivant en bidonville. Ces dernières sont présentées trop fréquemment comme un « groupe à part », associé à l'insalubrité, à la délinquance et aux expédients, et ne souhaitant pas s'intégrer.
4. L'accès au droit commun des populations vivant en bidonville prime sur toute autre considération et relève de deux conditions préalables :
 - Dans l'urgence, la Commission recommande l'arrêt immédiat des évacuations de bidonvilles sans que des solutions de relogement et d'accompagnement dignes, adaptées et pérennes soient proposées aux familles.
 - A moyen et long terme, la Commission appelle à une stratégie de sensibilisation et de lutte contre un racisme « anti-Roms » prégnant dans l'ensemble de la société, condition incontournable à une politique d'Etat humaine et cohérente.

5. A cet égard, la CNCDH recommande la mise en place de dispositifs effectifs de domiciliation pour les populations vivant en bidonvilles, condition préalable à l'accès au panel des droits sociaux garantis en France.
6. La Commission recommande que tombent les obstacles illégaux qui font barrage au respect effectif du droit à la scolarisation des enfants vivant en bidonville, scolarisation d'autant plus nécessaire qu'elle limite les risques encourus par une population jeune et rendue vulnérable par ses conditions de vie.
La CNCDH appelle au soutien des services de protection de l'enfance auprès d'une population encore trop méconnue. L'attention portée aux phénomènes de délinquance dissimule la vraie problématique de l'exploitation des mineurs et des réseaux de traite dont ces enfants sont avant tout victimes.
7. La CNCDH recommande la suppression des entraves à l'accès aux soins et aux prestations sociales entretenues par certains organismes sociaux ainsi que la systématisation des dispositifs de médiation sanitaires.
8. Dans le cadre de la fin des mesures transitoires, la CNCDH appelle à une clarification des conditions d'accès aux prestations pour demandeurs d'emploi (tant auprès de la population qu'auprès des services concernés) ainsi qu'à l'accès effectif à l'ensemble des dispositifs d'insertion professionnelle.
9. Enfin, en matière de liberté de circulation et de droit au séjour, la CNCDH recommande le plein respect du droit européen.
10. L'évacuation le 21 octobre 2014 du bidonville dit des « Coquetiers », à Bobigny (Seine-Saint-Denis) qui accueillait encore récemment quelque 300 habitants, dont une majorité d'enfants scolarisés, a suscité une vive émotion parmi les défenseurs des droits de l'homme. L'évacuation, d'un lieu de vie considéré comme l'un des plus anciens bidonvilles de ce genre, s'est faite dans une précipitation qui a rendu inopérante les propositions de relogement proposées à certaines familles et a laissé d'autres sans solution, au mépris du caractère inconditionnel du droit à l'hébergement. Ainsi, à la veille de l'hiver, des hommes, des femmes et des enfants se sont retrouvés à la rue, dans une précarité toujours plus grande⁵⁷⁷. La légalité même de cette évacuation est mise en doute : la mairie de Bobigny a en effet pris un arrêté d'évacuation du bidonville au mépris de la décision du 2 juillet 2014 du juge des référés de Bobigny motivée par le respect des droits fondamentaux au logement et à une vie familiale⁵⁷⁸ reconnus par la CEDH dans son arrêt Winterstein contre France⁵⁷⁹. La détermination politique semble sans faille lorsqu'il s'agit de démanteler des bidonvilles : peu importe qu'aucune solution globale et sérieuse de relogement ne soit prévue, que les motifs invoqués - insalubrité, présence de déchets, risques d'incendie - soient liés au refus de la mairie de respecter ses obligations en

⁵⁷⁷ Sur ce sujet, voir la tribune publiée par le collectif de soutien aux habitants Roms de Bobigny : <http://blogs.mediapart.fr/edition/roms-et-qui-dautre/article/071114/tant-quon-refusera-de-considerer-les-roms-comme-des-migrants-du-travail-ira-leche>

⁵⁷⁸ Tribunal de grande instance de Bobigny, *ordonnance de référé du 2 juillet 2014*, n° 14/01011
Sur ce point on peut également lire : Gabrielle Hébrard, « Quand les juges des référés judiciaire et administratif se contredisent sur l'évacuation de campements illicites », in *Revue des droits de l'homme/ ADL*, 8 octobre 2014 (<http://revdh.revues.org/888>).

⁵⁷⁹ CEDH, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n° 27013/07

matière d'assainissement et qu'ils n'aient pas été retenus par le juge des référés de Bobigny. On ne peut accepter que des familles soient chassées de leur lieu de vie sans solution, et qu'elles se trouvent contraintes à s'installer ailleurs, dans des conditions qui ne sont pas meilleures, voire pires.

11. La CNCDH souhaite, à travers ce nouvel avis, appeler à l'application du droit commun en faveur de tous, les populations vivant en bidonvilles y compris. Le respect des droits fondamentaux de ces populations n'est ni optionnel, ni œuvre de charité. Ces droits découlent des normes internationales⁵⁸⁰ et internes auxquelles la France s'est obligée et qui nécessiteraient que soit mise en œuvre une politique publique volontariste et cohérente, à commencer par un travail de lutte contre le racisme, les préjugés et les discriminations et par l'arrêt immédiat des évacuations sans solution adaptée et pérenne de relogement, d'une part, et d'accompagnement vers l'accès aux droits, d'autre part.
12. Le titre de l'avis retenu par la CNCDH relève de cette attention particulière portée à l'accès au droit des personnes en situation de grande précarité. L'utilisation d'une référence terminologique aux « populations vivant en bidonvilles » par la CNCDH procède ainsi d'une volonté de défendre l'accès au droit commun des personnes directement visées par la politique nationale d'évacuation des bidonvilles. Dans le cadre de cet avis, la dénomination « populations vivant en bidonvilles » désigne les populations migrantes contraintes à vivre dans ce type d'habitat indigne se reconnaissant ou non comme Roms. Ces populations demeurent encore à ce jour les victimes d'une violation banalisée, et parfois délibérée, de leurs droits. La CNCDH entend souligner que la référence au terme de « Roms » comporte un risque de catégorisation, et qu'au motif légitime de lutter contre les discriminations dont ces populations sont victimes, on risque de les assigner à des identités homogènes et prédéterminées, sans aborder les problématiques dans toute leur diversité. Cependant, si la terminologie de « populations vivant en bidonville » est défendue par la CNCDH dans le cas d'une violation répétée des droits (indépendamment de l'identité ethnique ou culturelle), le terme de « Roms » demeure approprié quand l'exclusion de ces populations est abordée sous le prisme de l'intolérance, du racisme, et des discriminations.
13. On qualifie ainsi de « Roms migrants » en France les personnes vivant sur le territoire national, venant essentiellement des pays d'Europe centrale et orientale (majoritairement de Roumanie⁵⁸¹, mais également de Bulgarie et de pays d'ex-Yougoslavie), se reconnaissant comme Roms. Les observations des associations et des services administratifs en contact avec les populations vivant en bidonville conduisent à estimer qu'elles représentent 15 000 à 20 000 personnes en France (soit 0,03% de la population française) : un chiffre stable depuis une décennie⁵⁸². Cette migration est avant tout familiale, essentiellement économique, mais aussi le résultat de discriminations ethniques subies dans leur pays

⁵⁸⁰ Voir notamment Comité européen des droits sociaux, Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les sans-abris (FEANTSA) c. Pays Bas., 10 novembre 2014

⁵⁸¹ Plus de 90% des Roms migrants vivant en bidonvilles sont des ressortissants roumains d'après les études de terrain de plusieurs associations françaises (voir pour exemples : le Collectif Romeurope ou le Centre Européen pour les droits des Roms).

⁵⁸² Délégation interministérielle à l'hébergement et à l'accès au logement (Dihal), *État des lieux national des campements illicites*, Janvier 2014

d'origine, et caractérisée par une grande proportion d'enfants qui représentent près d'un quart d'une population vivant en grande précarité⁵⁸³.

14. La CNCDH s'est déjà par le passé fait l'écho de la vulnérabilité et de l'instabilité dont sont victimes les populations vivant en bidonvilles en France. En 2008, elle interpellait déjà le gouvernement sur le difficile, voire l'impossible, accès au droit commun des populations Roms et des « gens du voyage »⁵⁸⁴. A la suite de l'interpellation de la France par les instances internationales, la CNCDH dénonçait dans son avis de 2012 les manquements au respect des droits fondamentaux des « gens du voyage » et des Roms migrants⁵⁸⁵. Enfin, la Commission dressait en 2013 un bilan négatif de la mise en œuvre de la circulaire du 26 août 2012, alors qu'elle avait pourtant été saluée par les associations de défense des droits de l'homme, dans la mesure où elle illustre un changement de discours de la part des autorités⁵⁸⁶. La CNCDH se doit de faire le constat de la quasi absence d'avancées concrètes face aux recommandations émises ces dernières années.
15. A la différence de ses dernières recommandations de juillet 2013⁵⁸⁷, la Commission a fait le choix, dans cet avis, de se détacher de la mise en œuvre de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 afin de concentrer ses efforts sur la véritable problématique, celle de l'accès aux droits. Cet avis n'a donc pas pour but de dresser un bilan de la mise en œuvre effective de la circulaire, laquelle se limite dans son application à une justification de pure forme d'une politique par ailleurs répressive et axée sur les « campements illicites ». Dans les faits, les évacuations de bidonvilles sans solution pérenne de relogement et d'accompagnement se sont multipliées en France depuis son entrée en vigueur⁵⁸⁸. Ainsi, à une politique d'intégration, c'est une politique d'évacuation qui a été privilégiée, faisant fi des situations humaines tragiques et institutionnalisant au plus haut niveau de l'Etat la violation des droits des populations vivant en bidonvilles en France.

I. DEUX CONDITIONS PREALABLES A L'ACCES AU DROIT COMMUN DES POPULATIONS VIVANT EN BIDONVILLES

16. Dans l'immédiat, la CNCDH recommande l'arrêt des évacuations de bidonvilles sans solution de relogement adaptée et d'accompagnement, et, sur une temporalité plus longue, elle appelle à la mise en œuvre d'une stratégie de lutte contre le racisme, les préjugés et les discriminations envers les Roms. L'un ne peut être envisagé sans l'autre, ces préalables étant en effet indissociables.

A. LUTTE CONTRE LE RACISME, LES PREJUGES ET LES DISCRIMINATIONS

⁵⁸³ Selon le rapport la Dihal de janvier 2014, 5.100 enfants vivaient en bidonvilles en France en 2014, soit 26,5% des personnes concernées.

⁵⁸⁴ CNCDH, Etude et propositions sur la situation des Roms et des gens du voyage en France, 7 février 2008

⁵⁸⁵ CNCDH, Avis sur le respect des droits des « gens du voyage » et des Roms migrants au regard des réponses récentes de la France aux instances internationales, 22 mars 2012.

⁵⁸⁶ CNCDH, Recommandations sur la mise en œuvre de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 et sur l'accès aux droits des populations dites « Roms », 26 juillet 2013.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ Voir le communiqué commun à l'European Roma Rights Centre (ERRC) et à la Ligue des droits de l'homme (LDH) du 14 janvier 2014 : les évacuations forcées des Roms étrangers durant l'année 2013 atteignent le chiffre de 19.380 personnes, contre 9 404 en 2012, et 8 455 en 2011.

<http://www.ldh-france.org/Evacuations-de-Roms-des-niveaux-5219/>

17. La CNCDH, dans le cadre de ses rapports annuels sur le racisme, note depuis plusieurs années une détérioration constante de l'image des Roms en France.

Ses outils de mesure permettent d'approcher de plus près ce phénomène⁵⁸⁹. Les résultats du sondage d'opinion montrent qu'en 2013, plus de 87% des sondés considéraient les Roms comme « un groupe à part » dans la société, contre 66% en 2011, soit une hausse de plus de 30 points. Ce regard négatif va jusqu'à l'acceptation de propos racistes tenus en public tel que « sale Rom », puisque seuls 37% des personnes interrogées dans le cadre du rapport de la CNCDH en 2013 considèrent que cette expression doit être condamnée sévèrement par la justice. Le pourcentage de personnes qui acceptent ce type de propos racistes est indiscutablement plus élevé quand il s'agit des Roms, selon une condamnation hiérarchisée du racisme⁵⁹⁰. L'étude qualitative menée pour l'édition 2013 du rapport sur la lutte contre le racisme rapporte des propos extrêmement agressifs à l'encontre des Roms, pouvant aller jusqu'au déni d'humanité. L'étude relève ainsi certains propos tels que « *Je ne suis pas raciste, mais je ne veux plus voir les Roms. C'est de la vermine. [...] Je donne à manger à leurs chiens, pas aux Roms* »⁵⁹¹. A ces propos haineux et outranciers, il faut ajouter les « petites blagues » de certains humoristes qui banalisent l'image du Rom crasseux et voleur. La banalisation croissante d'un discours haineux défend l'idée que les familles roms sont si différentes du reste de la population française qu'aucune intégration n'est possible⁵⁹². De plus, certains dispositifs particuliers inspirés par l'idée que cette population serait spécifique voire in-intégrable, les enferment dans d'exclusion.

18. Ces résultats ne font que mettre en relief le degré particulièrement élevé d'une ancienne xénophobie dont souffrent les Roms, couplée à une représentation de la figure de l'étranger dans ses caractères les plus négatifs⁵⁹³. Les populations roms concentrent un certain nombre de préjugés et de discriminations touchant à la précarité sociale mais également aux personnes migrantes.

La visibilité de certains bidonvilles insalubres ou les cas de mendicité dans les espaces publics contribuent en effet à faciliter l'association systématique des Roms à la précarité et aux troubles au voisinage. Pourtant, les familles roms résidant en France ne vivent pas toutes dans la misère, certaines d'entre elles pratiquant une « stratégie d'invisibilité » par peur des discriminations éventuelles⁵⁹⁴. La perception de ceux se considérant comme Roms se limite donc le plus souvent aux exemples de grande précarité qui ne les concernent pas tous. Ce misérabilisme se traduit par des préjugés sur la représentation des Roms comme

⁵⁸⁹ CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie année 2013*, La documentation française, Paris, mars 2014, Sondage exclusif BVA-CNCDH-SIG.

⁵⁹⁰ Dans le sondage réalisé par la CNCDH en 2013, une large majorité des personnes interrogées estiment que les individus qui tiennent publiquement des propos racistes doivent être condamnés par la justice, mais on constate une gradation selon l'origine ou la religion : elles sont 76% pour l'insulte « sale Roms », 79% pour l'insulte « sale Arabe » (+3), 82% pour « sale Juif » (+6), 80% pour « sale noir » (+4) et 84% pour « sale Français » (+8).

⁵⁹¹ CNCDH, *op. cit.*, p44.

⁵⁹² Voir encore : Aurélie Windels, Carine Fouteau, Éric Fassin et Serge Guichard, *Roms et riverains, Une politique municipale de la race*, La Fabrique éditions, Paris, février 2014. Certains riverains, dans des tracts distribués pour soutenir l'évacuation des bidonvilles, vont jusqu'à assimiler les familles roms à des « rats » qui doivent être « exterminés ».

⁵⁹³ Groupe Gisti-Roms, « Roms, les nouveaux parias », in *Rom, n. et adj. : infra-étranger*, Plein droit n° 99, décembre 2013, p. 3-6

⁵⁹⁴ Tomasso Vitale, « Roms migrants en ville : Pratiques et politiques », special issue of the peer-reviewed Journal, *Les migrants roms dans les villes françaises et italiennes : mobilités, régulations et marginalités*, « Géocarrefour », vol. 86, n. 1, pp. 3-14.

voleurs, exploiters d'enfants, bénéficiaires abusifs des aides sociales, ou vivant par choix dans l'insalubrité⁵⁹⁵.

19. Les attitudes racistes envers les Roms sont parallèlement alimentées par une méconnaissance générale de ces populations migrantes. Les sociétés européennes partagent une représentation commune mais erronée des Roms qui les définit comme un groupe ethnique uniforme, nomade⁵⁹⁶, sans mécanisme d'ascension sociale ou d'intégration, et donc asociaux.
20. Certains acteurs administratifs en lien avec les populations vivant en bidonvilles tels que les collectivités, les institutions judiciaires, les services de prestations sociales, les services de sécurité intérieure, ou encore les institutions éducatives n'échappent pas à ces préjugés, fondés sur une méconnaissance généralisée de leur situation, et adoptent des attitudes discriminantes ou mettent en œuvre des stratégies qui font barrage à l'accès aux droits de ces populations.
21. Il existe des tendances historiques de xénophobie liées au nomadisme⁵⁹⁷ qui sont activées et transformées, dans un contexte de crise économique et sociale, par les sentiments d'injustice plus ou moins prégnants dans l'opinion publique.
Il convient également de s'interroger sur le traitement qui en est fait par les grands canaux d'information : les stratégies éditoriales, le choix des mots, la couverture médiatique réservée aux faits d'actualité sont autant d'éléments qui peuvent diffuser le sentiment d'intolérance ou au contraire décider de se positionner à contre-courant.
Par ailleurs, la CNCDH dénonce une forme de discours politique populiste qui, sur la base d'arguments ethniques, remet en cause le droit de séjour sur le territoire français et l'intégration sociale, et participe ainsi à une normalisation des attitudes anti-Roms. Les propos racistes, tenus par des élus de la République desquels on est en droit d'attendre une certaine exemplarité, appellent une sanction ferme. Il y a donc lieu de dénoncer plusieurs interventions qui définissent à tort les populations roms dans leur ensemble comme une communauté migrante aux modes de vie extrêmement différents, ne souhaitant pas s'intégrer en France, ou abusant des prestations sociales, et ayant donc vocation à revenir dans leur pays d'origine.
22. L'inversion des tendances et la mobilisation pour l'intégration dans la dignité de ces populations ne peut faire l'économie d'un travail de fond sur les perceptions et préjugés. C'est pourquoi la CNCDH est d'avis qu'il est désormais essentiel d'agir sur les modalités de représentation des populations roms et de mettre en place des campagnes d'opinion permettant de lutter contre le misérabilisme et les préjugés racistes associés aux Roms. La CNCDH préconise la mise en place d'une stratégie stratifiée visant à influencer sur les attitudes racistes à l'égard des Roms au niveau local. Cette stratégie engagerait les milieux associatifs, le personnel des établissements scolaires, les milieux policier et judiciaire, ainsi que les administrations. La CNCDH a pu identifier différentes bonnes pratiques à travers les exemples de vidéos pédagogiques⁵⁹⁸, de brochures informatives⁵⁹⁹,

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ 86% des personnes interrogées dans le cadre du sondage considèrent que les Roms migrants sont pour la plupart nomades. CNCDH, *op. cit.*

⁵⁹⁷ Nomadisme auquel sont associées à tort les populations vivant en bidonvilles, voir paragraphe 10.

⁵⁹⁸ http://mediasolidaire.com/webdocu_roms.html ; <http://www.youtube.com/watch?v=85VHtC6X7zk>

ainsi que des initiatives culturelles et littéraires ponctuelles. Ces supports de sensibilisation pourraient être relayés par les médias à une plus large échelle.

23. Dans le cadre de ces campagnes de lutte contre les comportements racistes envers les Roms, il est primordial d'associer les populations roms désireuses de s'impliquer dans la lutte contre les préjugés. La CNCDH recommande de mettre en avant les initiatives positives d'intégration, de favoriser les échanges et le dialogue avec le voisinage ainsi que de communiquer à une échelle locale sur les avancées des programmes de formation, d'insertion professionnelle et d'intégration par le logement de ces populations, à la sortie des bidonvilles.

B. ARRET DES EVACUATIONS SANS SOLUTION ADAPTEE ET PERENNE DE RELOGEMENT ET D'ACCOMPAGNEMENT VERS L'ACCES AUX DROITS

24. Préalable à l'accès aux droits et à l'insertion, la lutte contre le racisme et les discriminations ne sera pleinement efficace que si elle s'accompagne d'une politique de sortie des bidonvilles ambitieuse et respectueuse des droits des personnes. Les défenseurs des droits de l'homme s'accordent pour dire que le maintien des populations dans les bidonvilles, ainsi que les évacuations répétées qui accroissent la précarité, entretiennent et renforcent l'exclusion et le rejet dont elles sont victimes⁶⁰⁰.

25. Placées en situation de grande précarité, ces populations sont contraintes à survivre dans des lieux inadéquats et indignes, tels que des bidonvilles ou des squats insalubres, voire dans la rue⁶⁰¹, sans accès à l'eau ou à l'électricité, avec des conséquences néfastes pour leur santé et leur sécurité. Ces installations, qualifiées de « campements illicites » par les pouvoirs publics, constituent des occupations par défaut, conséquence du manque d'hébergements et de logements accessibles aux personnes à très faible revenu et aux blocages administratifs à l'entrée dans les hébergements sociaux. Ainsi, depuis quelques années la France voit-elle resurgir des bidonvilles⁶⁰². Si la circulaire du 26 août 2012 avait

⁵⁹⁹ Voir par exemple : Collectif National Droits de l'Homme Romeurope, *Ceux qu'on appelle les Roms, luttons contre les idées reçues*, 2013

⁶⁰⁰ Publiée le 15 octobre 2014, la *Charte pour le respect des droits et la dignité des occupants de terrains s'appuie sur le droit français, européen et international pour rappeler les droits des personnes, mais aussi les obligations de l'ensemble des acteurs publics ou privés intervenant dans ce cadre. Elle a été rédigée et soutenue par plus d'une trentaine d'associations. Les articles 13 et 14 rappellent qu'aucune évacuation ne peut intervenir sans diagnostic préalable, ni proposition de relogement et d'accompagnement social.*

http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Femmaus-france.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2014%2F10%2Fcharte-a3.pdf&ei=ZXVbVOzcl5HhaNGxgggD&usq=AFQjCNHP0TrNyAqB2ctc9NJTJhd18gs_ig&bvm=bv.78677474,d.d2s

⁶⁰¹ Sur la situation des familles à la rue, le tribunal administratif de Montpellier a estimé, dans une récente série d'ordonnances, que les familles vivant dans un bidonville dévasté par les inondations et se retrouvant à la rue devaient être hébergées en attendant un relogement pérenne, en vertu de l'article L345-2 du Code social des familles. Le Conseil d'Etat a confirmé ces décisions dans une ordonnance du 14 novembre 2014.

⁶⁰² En 1966, le ministère de l'Equipement et du Logement, dans son rapport *Etudes sur la résorption des bidonvilles*, estimait à 75.000 le nombre de personnes vivant en bidonvilles en France. Arrivés en France en raison d'une politique d'appel à la main d'œuvre, les habitants de ces bidonvilles étaient majoritairement de nationalité étrangère (42 % de Maghrébins, 21 % de Portugais, 6 % d'Espagnols). Il fallait cependant compter près de 20 % de Français parmi ces mal-logés. La mise en place d'une politique énergique de résorption et d'accès au logement a permis de fermer les derniers bidonvilles dans les années soixante-dix.

Pour comparaison, la Mission relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites de la Dihal dans son *Etat des lieux national des campements illicites*, en janvier 2014, estime que 19.200 personnes vivent dans des 429 campement illicites répartis sur l'ensemble du territoire métropolitain.

suscité de grands espoirs, parce qu'elle annonçait un tournant dans la politique des évacuations forcées, il faut constater, deux ans après, qu'elle n'a apporté que peu de réponses. Cette circulaire n'est généralement pas appliquée ou très partiellement.

26. Si le volet répressif de la circulaire - consistant à faire exécuter avec le concours de la force publique le commandement de quitter les lieux - semble être appliqué à la lettre, le volet insertion est rarement respecté, ou de manière insuffisante. La CNCDH note un manque d'anticipation manifeste des opérations d'évacuation et de propositions de solutions en amont des démantèlements. Les diagnostics réalisés, qu'ils soient globaux ou individualisés, s'avèrent d'une qualité et d'une pertinence variables. Dans l'ensemble ces diagnostics ne sont pas suffisamment approfondis et sont réalisés dans des délais trop courts. L'avis des occupants des bidonvilles n'est que très rarement pris en compte. Les propositions de relogement et d'accompagnement social ne sont pas systématiquement faites, ni mises en œuvre, ni même transmises aux personnes concernées. Si des consignes existent pour établir des diagnostics individualisés⁶⁰³, ceux-ci relèvent plus souvent de l'alibi pour les autorités, dans le seul but d'évacuer de force les terrains sans réelle volonté d'insertion des populations. Ces constats témoignent du dévoiement des mesures préconisées par la circulaire, alors que les évacuations de bidonvilles se succèdent à un rythme jamais atteint sur l'ensemble du territoire⁶⁰⁴.
27. Ces évacuations systématiques contreviennent aux dispositions nationales et internationales. Comme le rappelle le Défenseur des droits, « sauf situations d'une extrême gravité [...], tout démantèlement de campement illicite par les pouvoirs publics doit respecter le principe de dignité humaine, le droit de ne pas être privé d'un abri et l'intérêt supérieur de l'enfant - principes et droits fondamentaux garantis tant en droit international qu'en droit interne - et s'accompagner de la garantie d'un accès continu à la scolarisation et aux soins »⁶⁰⁵.
28. Le 17 octobre 2013⁶⁰⁶, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), parachevant une longue série de condamnations de la France par les organes du Conseil de l'Europe⁶⁰⁷, a

http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/dihal_-_recensement_campements_illicites_janv_2014.pdf

⁶⁰³ Dihal, *Etablir le diagnostic global et individualisé d'un campement illicite dans le cadre de la mission relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites*, 18 mars 2014

⁶⁰⁴ En 2013, plus de 20.000 personnes ont été évacuées de 161 bidonvilles et sur les six premiers mois de l'année 2014, 7.235 personnes ont été évacuées de 76 lieux.

Le nombre de personnes évacuées de force a doublé entre 2012 et 2013, passant de 9.404 à 19.380. Considérant que 15 000 à 20 000 personnes vivent dans les bidonvilles et les squats, ce serait statistiquement l'ensemble de cette population qui aurait fait l'objet d'une évacuation par la force au moins une fois pendant l'année 2013.

LDH et ERRC, *Recensement des évacuations forcées de lieux de vie occupés par des Roms étrangers en France*, 10 juillet 2014

⁶⁰⁵ Défenseur des droits, *Bilan d'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites. Août 2012-Mai 2013*, juin 2013

⁶⁰⁶ CEDH, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07

⁶⁰⁷ Un premier groupe de condamnations a trait à la mise en œuvre du droit au logement dans le respect du mode de vie des populations. Ce droit, prévu à l'article 11 § 1 du Pacte international relatif aux DESC (PIDESC) et aux articles 31 et 30 de la Charte sociale européenne révisée, s'insère plus généralement, dans le cadre de ces conventions dans un « droit à un niveau de vie suffisant » incluant notamment le droit de disposer d'un logement décent.

condamné, à l'unanimité, la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, au motif que l'ensemble des requérants n'avait pas bénéficié, au cours de la procédure d'expulsion, d'un examen de la proportionnalité de l'ingérence au regard de leur droit à la vie privée. S'agissant des requérants qui avaient demandé un relogement, la Cour conclut également à la violation de l'article 8 dans la mesure où ceux-ci n'ont pas vu leurs besoins pris en compte de manière suffisante. Dans la lignée d'une jurisprudence bien établie, la Cour a ainsi constaté le caractère disproportionné de l'atteinte, faute pour les juridictions internes d'avoir démontré la nécessité de l'expulsion et faute pour les autorités françaises d'avoir proposé un relogement adéquat.

29. Force est donc de constater que les services de l'État sont souvent défaillants lorsqu'il s'agit de mettre en place un dispositif d'accompagnement des familles garantissant, au minimum, un hébergement provisoire. Les solutions de relogement ne sont pas systématiques et ne sont pas offertes à la totalité des occupants des bidonvilles. Cette politique de sélection arbitraire, injuste et incompréhensible pour les populations concernées comporte un grand risque de monter les personnes les unes contre les autres. Lorsqu'elles existent, ces solutions sont le plus souvent inadaptées : la durée d'accueil dans des hébergements d'urgence ou dans des hôtels du SAMU social est très courte (de deux à trois jours), et il est souvent proposé de séparer les familles en hébergeant prioritairement les femmes et les enfants en bas âge. Les hébergements peuvent être situés loin des lieux de vie et des lieux de scolarisations des enfants. De plus, ces solutions sont souvent proposées le jour même de l'évacuation alors que les occupants des bidonvilles ont déjà quitté les lieux devant l'intervention des forces de l'ordre par crainte des détériorations de biens et des violences.
30. La CNCDH souhaite par ailleurs se faire l'écho de pratiques policières, parfois violentes et discriminatoires à l'endroit des populations vivant en bidonvilles⁶⁰⁸. Des témoignages de terrain relèvent ainsi certaines formes de ce que l'on pourrait qualifier de non-assistance à personne en danger, l'absence de transparence relative aux enquêtes menées sur des suspects d'attaques ou menaces racistes, ou encore des manifestations de harcèlement, d'intimidation, la confiscation des effets personnels et la destruction des tentes ou abris

Comité Européen des Droits Sociaux, *Mouvement international ATD Quart-Monde c. France*, 5 décembre 2007, réclamation. 33/2006

Comité Européen des Droits Sociaux, Décision sur la recevabilité, Réclamation n° 67/2011, 13 septembre 2011

Comité Européen des Droits Sociaux, Décision sur le bien-fondé, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. France*, 19 octobre 2009, Réclamation n° 51/2008

D'autres condamnations ont trait aux garanties entourant les procédures d'évacuation des bidonvilles. En effet, si le droit conventionnel européen n'interdit pas l'évacuation de logements occupés illégalement, il l'entoure toutefois de garanties devant être assurées aux personnes expulsées. Ces condamnations se sont principalement appuyées sur les dispositions de l'article 31§2 de la Charte sociale européenne révisée concernant la prévention et réduction de l'état de sans-abri.

Comité Européen des Droits Sociaux, *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage c. France*, 24 janvier 2012, réclamation. 64/2011

Comité Européen des Droits Sociaux, *Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. France*, 28 juin 2011, réclamation. 63/2010

⁶⁰⁸ A ce sujet, voir :

Amnesty International, « *Nous réclamons justice* » *l'Europe doit protéger davantage contre les violences racistes*, avril 2014

Défenseur des droits, *Bilan d'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites*. Août 2012 - mai 2013, juin 2013

de fortune. En conséquence, la CNCDH recommande au ministère de l'Intérieur de rappeler aux forces de l'ordre leurs obligations déontologiques, et qu'en cas d'évacuation de bidonvilles, celle-ci doit être encadrée et se dérouler dans le respect des personnes et des biens, tout manquement à la déontologie devant être sanctionné.

31. Les évacuations répétées viennent mettre à bas le travail d'insertion mené en amont par les acteurs locaux et placent en situation de danger des personnes déjà vulnérables de par leurs conditions de vie. Elles entravent aussi le suivi familial qui permet de lutter contre les violences faites aux femmes, tels que les mariages précoces et la violence domestique. Les occupants des bidonvilles perdent fréquemment leurs biens et leurs documents administratifs au cours de ces opérations. Réalisées le plus souvent de manière expéditive, les évacuations interrompent les parcours scolaires et médicaux avec des conséquences parfois dramatiques. Selon Médecins du monde, des évacuations sont intervenues en pleine campagne de prévention en santé publique (vaccination, dépistage, prévention)⁶⁰⁹. L'absence de solution de relogement stable après évacuation rend inéluctable l'installation de nouveaux bidonvilles, et condamne ainsi des familles entières à l'errance.
32. En conséquence, la CNCDH recommande l'arrêt immédiat des évacuations des lieux de vie sans que des solutions de relogement dignes, adaptées et pérennes soient proposées aux familles. Ces propositions doivent être fondées sur une phase préalable de diagnostic, global et individualisé, des situations des personnes résidant en bidonvilles, en squats, ou tout autre habitat improvisé et indigne. Ces diagnostics doivent permettre une connaissance fine des personnes, de leur parcours et de leurs projets. Cela implique des temps nécessairement assez longs pour arriver à des propositions qui prennent en considérations tous ces éléments.
33. La CNCDH recommande par ailleurs l'abandon des procédures d'évacuation administratives, mises en œuvre par les préfets et les maires et motivées par le trouble à l'ordre public⁶¹⁰. Ces procédures expéditives ne permettent que très difficilement l'exercice d'une voie de recours et posent le problème de la définition du trouble à l'ordre public. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Versailles a estimé, en juillet 2009, que la simple occupation illégale, en l'absence de circonstances particulières et même s'il est fait état d'atteintes à la salubrité publique, « ne suffit pas à elle seule à caractériser l'existence d'une menace à l'ordre public »⁶¹¹. Par ailleurs, la multiplication sur la dernière année des évacuations fondées sur des arrêtés de périls alerte la CNCDH sur le danger que représente un recours abusif à cette procédure dérogatoire⁶¹². Quel que soit le cadre juridique de l'évacuation envisagée, celle-ci ne peut être entreprise sans mesures de relogement des personnes.

⁶⁰⁹ A ce propos, audition des représentants des missions France de Médecins du Monde le 26 septembre 2014

⁶¹⁰ Voir à ce sujet l'affaire pendante devant la CEDH : Requête no 24720/13, Laurentiu Constantin Hirtu et autres contre la France, 11 avril 2013

⁶¹¹ Cour administrative d'appel de Versailles, n° 08VE03042, Préfet du val d'Oise, 15 juillet 2009, code CNIJ 335-03, code Lebon : C

⁶¹² A ce sujet, l'article 7 de la *Charte pour le respect des droits et la dignité des occupants de terrains* rappelle la réglementation en vigueur et notamment que « Tout arrêté municipal ou préfectoral d'évacuation doit être justifié par des considérations de sécurité mettant en situation de péril immédiat l'intégrité physique des occupants et/ou des voisins, et se fonder sur une appréciation stricte et proportionnée du trouble à l'ordre public, dans le respect de la dignité des occupants. »

34. A la suite de la forte mobilisation de plusieurs associations⁶¹³ et dans la droite ligne de ce que recommandait la CNCDH en juillet 2013, la loi Alur du 24 mars 2014 élargit la trêve hivernale aux occupants de bidonvilles et de squats⁶¹⁴. La CNCDH se montrera très vigilante quant à l'application de ce droit. Pour la CNCDH, l'arrêt des évacuations sans proposition de relogement se conçoit comme le préalable à la mise en œuvre d'une vraie politique de résorption des bidonvilles. Il s'agit d'assurer l'accompagnement des populations vers le logement, le droit commun et vers l'insertion sociale et économique. Cet accompagnement passe avant tout par la stabilisation de leur situation. La bonne mise en œuvre des dispositifs existants repose sur l'investissement et la coordination de tous les acteurs de l'action publique et des associations. A ce titre, il est important de souligner l'importance des comités de suivi et de pilotage des bidonvilles, qui doivent être mis en place et animés par les préfets. Compte-tenu de la complexité et de la diversité des projets, la représentation des occupants des bidonvilles au sein de ces comités et des associations est essentielle.
35. Dans la mesure où il est de fait impossible, à court terme, d'offrir un accès au logement de droit commun à l'ensemble de la population concernée, la CNCDH recommande de privilégier la réalisation de ce travail d'insertion et d'accompagnement social sur de petites unités d'hébergement de transition⁶¹⁵. L'Etat doit donner aux collectivités territoriales, et en premier lieu aux communes et communautés de communes, les moyens d'être parties prenantes de ces dispositifs par le biais d'une contractualisation multipartite (occupants - Etat, collectivités locales, associations) qui fixe des objectifs et des obligations réciproques. Cette solution de stabilisation permet de définir le projet de vie de chaque famille et de mettre en place un accompagnement adapté. Cette stratégie doit également viser à éviter la rupture des processus engagés par les familles dans le domaine de la scolarisation des enfants, de l'accès au logement, à la santé, au travail ou de suivi des mesures éducatives ou judiciaires qui peuvent concerner des mineurs. L'ensemble des modalités d'accès vers un hébergement stable ou le logement doit être envisagé et effectivement mis en œuvre, notamment en mobilisant des programmes immobiliers insérés dans le tissu existant, qu'il s'agisse de résidences sociales, de maisons-relais ou de logements familiaux disséminés).
36. A défaut de solution de relogement immédiatement disponible, ou pendant le laps de temps nécessaire à la réalisation d'un travail d'accompagnement et d'insertion serein et efficace, il convient de chercher à améliorer les conditions de vie des personnes le temps

⁶¹³ Appel à l'élargissement de la trêve hivernale lancé par la Fondation Abbé Pierre, le DAL et Médecins du Monde et signé par 70 associations, à l'occasion de l'examen du projet de loi ALUR en janvier 2014.

⁶¹⁴ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, article 25

Code des procédures civiles d'exécution - art. L412-6 (V) : « Nonobstant toute décision d'expulsion passée en force de chose jugée et malgré l'expiration des délais accordés en vertu de l'article L. 412-3, il est sursis à toute mesure d'expulsion non exécutée à la date du 1er novembre de chaque année jusqu'au 31 mars de l'année suivante, à moins que le relogement des intéressés soit assuré dans des conditions suffisantes respectant l'unité et les besoins de la famille. Toutefois, le juge peut supprimer le bénéfice du sursis prévu au premier alinéa lorsque les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait. »

⁶¹⁵ Plusieurs collectivités ont porté ce type de projets, les auditions menées par la CNCDH ont permis de relever quelques exemples de bonnes pratiques en la matière :

- projet de MOUS porté par la municipalité de Montreuil et mis en œuvre par l'association ALJ 93 (audition du 15 octobre 2014) ;
- projet Andatu porté par la préfecture du Rhône et mis en œuvre par l'association Forum Réfugiés-Cosi (audition du 3 octobre 2014)
- les projets portés par le Conseil général du Val-de-Marne à Orly et à Ivry (audition du 3 octobre 2014)

de l'accompagnement dans le droit commun, en garantissant, comme à l'ensemble de nos concitoyens, les droits fondamentaux, eux même conditionnés à l'accès aux services essentiels : accès à l'eau potable et aux sanitaires, ramassage des ordures, raccordement au réseau électrique⁶¹⁶. Cette phase de sécurisation et de viabilisation des bidonvilles doit être nécessairement transitoire, la plus courte possible et d'ultime recours. Elle suppose l'arrêt des procédures d'évacuation administratives et le respect par les collectivités locales d'un certain nombre d'obligations légales :

- l'article L210-1 du code de l'environnement dispose que les communes doivent garantir l'accès à l'eau potable pour toutes les personnes rentrant dans leur champ de distribution ;
- L'article L121-1 du code de l'énergie rappelle que « matérialisant le droit de tous à l'électricité, produit de première nécessité, le service public de l'électricité est géré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité et dans les meilleures conditions de sécurité, de qualité, de coûts, de prix et d'efficacité économique, sociale et énergétique ». Le Conseil d'Etat a affirmé dans l'arrêt n° 257794 du 12 décembre 2003 que « que le maire de la commune ne tenait ni des pouvoirs de police générale que lui confère l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales ni des dispositions précitées de l'article L. 111-6 du code de l'urbanisme le pouvoir de s'opposer au raccordement provisoire au réseau de distribution électrique ».
- L'article L2224-13 du code général des collectivités territoriales dispose que les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale assurent, éventuellement en liaison avec les départements et les régions, l'élimination des déchets des ménages.

37. L'objectif de résorption des bidonvilles a été rempli une première fois dans les années 1970. Certes, cela ne s'est pas fait en un jour. Mais les résultats furent là. Or le climat de racisme et de violence anti-immigrés qui régnait à l'époque n'avait rien à envier à celui qui sévit aujourd'hui, et la taille des bidonvilles était alors sans commune mesure avec celle des bidonvilles d'aujourd'hui. C'est donc bien la volonté politique d'agir qui a permis l'éradication de ces bidonvilles.

Les textes législatifs ou réglementaires pour soutenir une politique d'éradication de l'habitat indigne existent. Les moyens financiers existent dans les lignes budgétaires nationales dédiées à la lutte contre la pauvreté et l'exclusion, de même que dans celles des fonds structurels européens.

38. Depuis plusieurs années, les préjugés dont sont victimes, jusque dans les plus hautes sphères de l'Etat, les ressortissants appartenant aux minorités roms d'Europe centrale ont servi de prétexte à l'absence de politique publique de résorption des bidonvilles. La seule politique mise en œuvre est une politique répressive d'évacuation des bidonvilles, voire d'expulsion du territoire. Aucune véritable évaluation de cette politique n'a été réalisée, qu'il s'agisse de l'effectivité au regard de l'objectif poursuivi (retour dans leur pays d'origine des ressortissants étrangers et résorption des bidonvilles), de la conformité au

⁶¹⁶ La *Charte pour le respect des droits et la dignité des occupants de terrain* qui rappelle les réglementations en vigueur souligne dans son article 6 que « Nul ne peut se voir refuser l'accès à l'eau, à l'électricité et au ramassage des déchets ménagers. Il appartient aux pouvoirs publics de tout mettre en œuvre pour faire respecter ces droits ».

droit, ou du coût pour la collectivité. Or les constats établis par les associations qui œuvrent sur le terrain ou par les institutions (CNCDDH, Défenseur des droits, Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, Agence européenne des droits fondamentaux, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe) montrent combien ces mesures ne font que déplacer le problème d'un territoire à un autre (souvent au sein du même département), sans parvenir à lui donner une issue.

Les moyens juridiques, financiers et humains existent. Il est temps de mettre en œuvre une politique publique ambitieuse en direction des populations des bidonvilles, pour garantir leur statut de citoyens à part entière, en France, où, malgré des années de vie dans des conditions indignes, ils ont enraciné leur vie et celles de leurs enfants. Cette politique publique s'adresserait plus largement à toutes les personnes vivant dans une grande précarité, isolées et donc moins visibles, menacées d'expulsion de leur lieu de vie et victime de déni de leur droits⁶¹⁷.

II. ACCES AU DROIT COMMUN DES POPULATIONS VIVANT EN BIDONVILLES

A. LE DROIT A LA DOMICILIATION

39. Le droit à la domiciliation demeure la clef de voûte garantissant l'accès aux droits communs des personnes vivant en bidonvilles. Il est énoncé dans le code de l'action sociale et des familles (article L. 264-1 à 10) spécifiant que « les personnes sans domicile stable doivent élire domicile, soit auprès d'un centre communal ou intercommunal d'action sociale, ou bien auprès d'un organisme agréé à cet effet. » La loi Dalo du 5 mars 2007 établit un « droit à la domiciliation » au bénéfice des personnes dépourvues de résidence stable, et ce même lorsqu'elles sont considérées comme en situation irrégulière. Enfin, pour l'Aide Médicale d'Etat, la domiciliation est définie par l'article L. 252-2 du Code de l'action sociale et des familles et complétée par plusieurs circulaires. La circulaire du 5 juillet 2000 n°2000-382 prévoit que les CCAS/CIAS ont une obligation de domiciliation des personnes demandant l'AME⁶¹⁸.
40. Le non-respect de ce droit reste un des obstacles majeurs à l'intégration des populations vivant en bidonvilles. La Commission relève de nombreux cas où ce droit n'est pas effectif : certains CCAS refusent la domiciliation, d'autres ont des délais de réponse très longs ou ne répondent pas aux demandes. De même, les organismes agréés, débordés, ne prennent plus de nouvelles domiciliations. L'impossibilité pour ces populations d'élire un domicile les empêche d'avoir accès aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁶¹⁷ Fondation Abbé Pierre, *Les chiffres du mal logement*, 2014 : au cours des trois dernières années pour lesquelles des données sont disponibles (2009 à 2011), il y a eu 126 261 demandes de concours de la force publique ayant fait suite à une décision de justice prononçant l'expulsion. Ces locataires deviennent de fait occupants sans droit ni titre et peuvent être expulsés sans nouvelle décision de justice (certains décidant de quitter leur domicile, sous la contrainte de la procédure et avant l'intervention des forces de l'ordre). Si l'on extrait de ces ménages les 35 081 qui ont effectivement été expulsés avec le concours de la force publique de 2009 à 2011, on trouve le résultat suivant : 126 261 - 35 081 = 91 180 ménages qui se retrouvent dans des situations extrêmes de fragilité.

http://www.fondation-abbe-pierre.fr/sites/default/files/content-files/files/19e_reml_dossier_-_les_chiffres_du_mal_logement_en_2014.pdf

⁶¹⁸ Il convient de noter que la domiciliation administrative et la domiciliation spécifique AME ont été fusionnées par la loi Alur, mais les décrets d'application ne sont toujours pas parus.

41. Le non-respect de leur droit à la domiciliation est la plus grande injustice qui peut leur être faite, car elle est simplement l'expression administrative du refus de leur reconnaître leur droit à une existence réelle, droit reconnu à tout être humain, et les prive d'accès aux autres droits.

B. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUN AUX ENFANTS VIVANT EN BIDONVILLES

42. En janvier 2014, la Délégation interministérielle à l'hébergement et à l'accès au logement (Dihal) comptabilisait 5 100 mineurs vivant en bidonville, soit plus d'un quart des occupants⁶¹⁹. Le sort de ces enfants, plus vulnérables parmi les vulnérables, a de quoi inquiéter, alors que leurs droits les plus fondamentaux sont régulièrement, voire volontairement, bafoués. La CNCDH presse les pouvoirs publics de mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires afin de garantir à ces enfants l'ensemble des droits reconnus à tout mineur présent sur le territoire français, et notamment le droit à l'éducation et le droit à la protection.

1° Le droit à l'éducation

43. L'accès à l'éducation est un droit fondamental garanti, par les normes internationales autant que internes, pour tous les enfants, sans condition d'origine, de situation administrative ou encore de lieu d'habitation⁶²⁰.

L'éducation est également un devoir dont la mise en œuvre repose sur l'Etat, les maires et les familles. S'agissant des élèves allophones nouvellement arrivés, la circulaire n°2012-141 en date du 2 octobre 2012 précise que « la scolarisation des élèves allophones relève du droit commun et de l'obligation scolaire. Assurer les meilleures conditions de l'intégration des élèves allophones arrivant en France est un devoir de la République et de son Ecole. »

44. Dans la pratique, l'Ecole de la République se montre en réalité peu inclusive à l'égard des enfants vivant en bidonvilles, si on en juge par le faible taux de scolarisation.

Le ministère de l'Education nationale ne dispose pas d'indicateurs chiffrés, estimant que la prohibition des statistiques ethniques empêcherait d'opérer un tel recensement. Pourtant, la mise en œuvre d'un suivi chiffré des dispositifs d'accueil des « enfants allophones

⁶¹⁹ Dihal, *op. cit.* : en janvier 2014 les données fournies par les correspondants départementaux font état de 429 campements illicites recensés sur le territoire français et 19 200 personnes.

http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2014/09/dihal_-_recensement_campements_illicites_janv_2014.pdf

⁶²⁰ Article 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat. »

Article 28 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : « Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation [...] »

Article 131-1 code de l'éducation : « L'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six et seize ans. »

Circulaire du ministère de l'Education nationale n° 2002-063 du 20 mars 2002 : « En l'état actuel de la législation aucune distinction ne peut être faite entre élèves de nationalité française et de nationalité étrangère pour l'accès au service public de l'éducation. Rappelons, en effet, que l'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, âgés entre six et seize ans, qu'ils soient français ou étrangers, dès l'instant où ils résident sur le territoire français. Les personnes responsables, au sens de l'article L.131-4 du code de l'éducation, d'un enfant de nationalité étrangère soumis à l'obligation scolaire, sont donc tenues de prendre les dispositions prévues par la loi pour assurer cette instruction. En outre, la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par la France, garantit à l'enfant le droit à l'éducation en dehors de toute distinction qui tienne à sa nationalité ou à sa situation personnelle. »

nouvellement arrivés », catégorie non fondée sur une différenciation ethnique, permettrait de fournir des données certainement utiles. Surtout, les maires ont pour obligation de procéder à chaque rentrée scolaire à un recensement des enfants scolarisables sur le territoire de leur commune, une obligation dont l'intérêt se situe autant en termes d'effectivité de l'obligation scolaire que statistiques, mais qui est malheureusement peu suivie.

Le travail de suivi de la Dihal permet cependant d'approcher de plus près la réalité, et à cet égard les chiffres sont édifiants. Ainsi, en septembre 2013, celle-ci estimait que sur les 2 000 enfants en âge d'être scolarisés, seulement un tiers l'était effectivement, qui plus est de manière très instable. Les constats des acteurs de terrain confirment le fossé en la matière entre les textes et leur application effective. Selon le Collectif pour le droit des enfants roms à l'éducation, entre 5 000 et 7 000 enfants atteignent l'âge de 16 ans sans avoir été scolarisés. Lors d'une enquête récente menée par l'organisation European Roma Rights Centre (ERRC), moins de 50% des participants interrogés indiquaient que leurs enfants en âge d'aller à l'école étaient effectivement scolarisés⁶²¹. Le GIP Habitat et Interventions Sociales relevait pour sa part le faible pourcentage de 12% d'enfants scolarisés lors de diagnostics sociaux opérés auprès de 113 bidonvilles d'Ile-de-France⁶²². Ces différentes données suffisent à alerter sur la non-effectivité de la scolarisation des enfants vivant en bidonvilles en France.

45. Les obstacles sont en effet multiples, à commencer par les conséquences directes de la politique d'évacuation des bidonvilles. A cet égard, le principe de la prise en charge scolaire « sans délais et avec un souci de continuité », tel qu'édicté dans la circulaire du 26 août 2012 et devant accompagner les opérations d'évacuation, a le goût amer de l'engagement politique non tenu. En réalité, les évacuations entraînent le plus souvent un éloignement du lieu de scolarisation, une interruption de la scolarisation et, *in fine*, un parcours scolaire chaotique, sans compter l'impact psychologique sur ces enfants. Cette violation systémique du droit à l'éducation est d'autant plus révoltante que l'inscription en école et l'affectation effective en classe des enfants vivant en bidonvilles relève bien souvent du parcours du combattant, un parcours brisé en vol à la discrétion d'une décision d'évacuation provoquant autant de trajectoires individuelles altérées.
46. Que penser en effet de ces entraves volontaires de la part des municipalités à la scolarisation des enfants vivant en bidonvilles, sous la forme de refus d'inscriptions au motif que les familles ne sont pas en mesure de produire de certificats de domiciliation ou de carnets de vaccination⁶²³ ? Il s'agit là d'une stratégie bien peu louable pour ces élus souhaitant éviter à tout prix la stabilisation de certaines populations sur le territoire de leur commune, et qui plus est, parfaitement irrégulière. Faut-il rappeler que le droit à l'éducation est un droit fondamental qui ne saurait être minoré devant aucune considération. Ces refus d'inscriptions s'opposent à la circulaire n°91-220 du 30 juillet 1991, confirmée par la circulaire n°2012-142 du 2 octobre 2012, qui prévoit que même si la

⁶²¹ European Roma Rights Centre (ERRC), *Destruction des progrès, progression des destructions : les femmes et enfants roms, citoyens européens en France*, Septembre 2014

Cette enquête a été réalisée sur un échantillon de 118 adultes roumains, âgés de 18 à 60 ans.

⁶²² Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées, *Avis sur la situation des populations des campements en France métropolitaine*, 3 juillet 2014

⁶²³ Lors de l'enquête d'ERRC précitée, près de 60% des parents interrogés dont les enfants n'étaient pas scolarisés invoquaient des entraves de la part des municipalités.

famille ne peut pas présenter certains documents lors de la demande d'inscription, l'élève doit bénéficier d'une admission provisoire. L'article L. 131-6 du code de l'éducation dispose quant à lui que c'est bien la résidence, qui est une question de pur fait⁶²⁴, et donc non la domiciliation administrative, sur le territoire d'une commune qui détermine l'établissement scolaire d'accueil. Le rappel de la réglementation en vigueur et l'intervention du préfet, en vertu de son pouvoir de substitution des maires défaillant doivent se systématiser et conduire à un arrêt de ces pratiques irrégulières⁶²⁵. L'Etat doit appliquer les sanctions prévues contre ces maires hors la loi⁶²⁶, voire envisager leur inéligibilité, ce qui aurait un double objectif : l'inconditionnalité de la scolarisation des enfants et de permettre aux élus d'échapper à la pression populaire emprunte d'idées reçues sur cette population, qui ne souhaite pas leur intégration, voire se mobilise pour les rejeter et qui les pousse à ne pas appliquer la loi.

47. Les obstacles à la scolarisation se situent également au niveau des dispositifs d'accueil à même de recevoir les élèves allophones. La circulaire n°2012-141 prévoit que « l'inclusion dans les classes ordinaires constitue la modalité principale de scolarisation. Elle est le but à atteindre, même lorsqu'elle nécessite temporairement des aménagements et des dispositifs particuliers. ». Ces dispositifs d'accueil spécifiques - « unité pédagogique pour élèves allophones arrivants » communément appelé « UPE2A » - existent bien mais en nombre insuffisant pour répondre à la demande. Cette situation de saturation entraîne des délais d'attente d'inscription et d'affectation des enfants vivant en bidonvilles, des affectations dans des classes inadaptées qui ne leur permettent pas d'apprendre dans de bonnes conditions, risquent de les rendre responsables d'en perturber le fonctionnement et d'attiser, voire conforter le rejet dont ils sont déjà victimes. Ces situations sont d'autant plus préjudiciables s'agissant d'une population poussée à l'errance par les évacuations répétées. Par ailleurs, des cas de regroupement d'enfants vivant en bidonvilles dans des locaux dédiés, en dehors de tout établissement scolaire et qui plus est parfaitement inadaptés pour les besoins de l'accueil d'élèves (gymnase, commissariat de police), ont été rapportés⁶²⁷. Ces dispositifs parallèles au droit commun sont discriminatoires et stigmatisants⁶²⁸. Aussi, la CNCDH réaffirme avec force le principe de

⁶²⁴ Article 102 du Code civil - Civ. 1er, 18 novembre 1969 Bull. civ. I, n° 349

⁶²⁵ Articles L2122-27 et L2122-34 du code général des collectivités territoriales

⁶²⁶ Comme le rappelle le Défenseur des droits dans son rapport de 2013 relatif à l'application de la circulaire du 26 août 2012 « le refus de scolarisation d'un enfant résidant dans un bidonville situé sur le territoire communal est susceptible de constituer le délit de refus discriminatoire du bénéfice d'un droit accordé par la loi par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public au sens des articles 225-1 et 432-7 du code pénal, ce délit est passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

L'article 2 de la loi du 27 mai 2008 prohibe « toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race en matière d'éducation ». Le fait pour un maire de refuser une inscription pour défaut de documents peut constituer un refus discriminatoire quand cette demande est manifestement abusive. Or l'article 1^{er} du décret n°2000-1277 du 26 décembre 2000 dispose que les seuls documents obligatoires pour inscrire un enfant à l'école sont la carte d'identité et un document attestant de la filiation de l'enfant avec ses parents comme le livret de famille.

⁶²⁷ Voir notamment : Défenseur des droits, Décision n°MDE-2013-92 du 7 mai 2013 relative à la scolarisation en classe primaire d'enfants demeurant dans des campements illicites <http://www.defenseurdesdroits.fr/decisions/ddd/MDE-2013-92.pdf>

⁶²⁸ Rapport conjoint de l'Inspection générale de l'administration, de l'Inspection générale des affaires sociales, du Conseil général de l'environnement et du développement durable et de l'Inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche, *Evaluation des dispositifs d'accompagnement des personnes présentes dans les campements*, mai 2013 : « ces solutions qui portent en elles le risque de dérives vers des classes à caractère « ethnique » ne sont pas acceptables. »

l'accès au droit commun des élèves allophones, lequel commande que les dispositifs d'accueil spécifiques soient effectifs sur l'ensemble du territoire national en vue de l'objectif légal d'inclusion scolaire.

48. Enfin, les obstacles matériels auxquels sont confrontées les familles vivant en bidonvilles sont également un facteur non négligeable participant à ce faible taux de scolarisation. On peut, sans grand effort d'imagination, comprendre comment la situation de grande précarité des familles rend difficile une scolarisation sereine et propice à l'apprentissage. La promiscuité au sein des bidonvilles, l'éloignement des établissements scolaires, l'absence d'électricité et donc de lumière pour faire les devoirs le soir ou de raccordement à l'eau pour la toilette le matin, les frais incompressibles liés à la scolarisation (transports, assurance, matériel scolaire, cantine, sorties scolaires, etc.) sont là autant d'entraves très pratiques et bien réelles à la scolarisation effective des enfants des bidonvilles. A cet égard, les écoles, collèges et lycées devraient systématiquement mobiliser les ressources à leur disposition (fonds spécifiques et réserves de matériel scolaire, enveloppe d'assurance pour couvrir les sorties scolaires, etc.), de même que les collectivités territoriales s'agissant de l'accès aux services extrascolaires (cantine, assurances scolaires, sorties, ramassage scolaire, garderie après la classe...).
49. L'éclairage sur ces multi-discriminations et ces nombreuses entraves doit balayer l'idée reçue selon laquelle la non-scolarisation des enfants vivant en bidonvilles serait exclusivement due à l'attitude réfractaire de leurs parents. Même si parfois, une minorité de parents hésitent à envoyer leurs enfants à l'école - et en particulier leurs filles adolescentes⁶²⁹, nombreux sont ceux qui se battent pour la scolarisation de leurs enfants. Or, la scolarisation de ces enfants est d'autant plus primordiale que son absence est un facteur d'aggravation des risques inhérents à l'errance (délinquance, mendicité, traite et addiction...).

2° Le droit à la protection

50. La Convention relative aux droits de l'enfant garantit pour tout enfant le droit à la protection de l'Etat, que ce soit en cas de privation temporaire ou définitive de son milieu familial (article 20), contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle (article 34), contre l'enlèvement, la vente ou la traite (article 35) ou encore contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être (article 36)⁶³⁰.

⁶²⁹ L'enquête récente de l'ERRC montre une importante disparité des niveaux d'éducation et d'alphabétisation entre les femmes et les hommes roms :

- 29 % des personnes interrogées ont déclaré n'avoir jamais été à l'école, notamment 36 % des femmes interrogées et 20 % des hommes interrogés.
- 10% des personnes interrogées ont été à l'école primaire mais ont abandonné leur scolarité très tôt ; ce taux était beaucoup plus élevé chez les femmes à 18 % que chez les hommes à 2 %.
- Seulement la moitié des femmes roms interrogées a affirmé savoir lire et écrire le roumain, contre 78 % des hommes roms.

European Roma Rights Centre (ERRC), *Destruction des progrès, progression des destructions : les femmes et enfants roms, citoyens européens en France*, Septembre 2014.

⁶³⁰ Sur la question des mineurs isolés étrangers en France particulièrement, la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers, c'est-à-dire privés de référent exerçant l'autorité parentale, organise un dispositif national de répartition dans les départements et d'accueil par les services de l'aide sociale à l'enfance.

Pourtant, la question de la protection de l'enfance est la grande oubliée de la circulaire du 26 août 2012. Ce passage sous silence est d'autant plus regrettable que la politique d'évacuation des bidonvilles n'est pas sans lien de cause à effet sur la précarisation des familles, le décrochage scolaire, la séparation des enfants de leurs parents, l'errance, le développement de stratégies de survie, ou encore le risque de récupération par des réseaux illégaux (vols à la tire, mendicité, prostitution).

51. Alors que les facteurs de vulnérabilité sont prégnants s'agissant des enfants vivant en bidonvilles, leur situation s'avère largement méconnue des services de protection de l'enfance, que ce soit ceux de l'aide sociale à l'enfance ou encore de la protection judiciaire de la jeunesse. Les travailleurs sociaux s'aventurent peu dans les bidonvilles, le suivi des enfants est interrompu au gré des évacuations successives, tandis que la formation et les outils spécifiques manquent cruellement. Par ailleurs, l'approche qui veut que ces enfants soient avant tout appréhendés à travers le prisme de leur qualité « d'étrangers », plutôt que de leur situation de vulnérabilité, porte préjudice à leur protection effective et non discriminante, ceci d'autant plus au regard de la représentation négative dont font l'objet les populations vivant en bidonvilles en France. Du côté des familles, les services de protection de l'enfance peuvent être perçus sous le seul angle des décisions de placement d'enfants, engendrant ainsi des réticences à faire appel à eux, quand bien même leur intervention serait nécessaire. Il serait utile qu'un meilleur dialogue puisse s'instaurer entre les services de protection de l'enfance et les familles, ceci afin de dépasser les préjugés de part et d'autre.

52. Les mineurs originaires des Balkans et d'Europe de l'Est sont par ailleurs les principales victimes de traite en France⁶³¹, mais leur situation est malheureusement occultée derrière une surmédiation des faits de délinquance. Les cas des vols et d'escroqueries, s'ils existent, ne sauraient jeter un soupçon général de culpabilité sur l'ensemble de ces personnes. Surtout, la volonté répressive ne devrait pas primer sur l'impératif de protection de ces jeunes victimes ; or, trop souvent, celles-ci ne bénéficient pas d'une protection effective, voire font l'objet d'une incarcération pour des infractions qu'elles ont été contraintes de commettre. L'incapacité des autorités compétentes à assurer la protection des mineurs victimes de traite s'est particulièrement illustrée lors du procès du clan Hamidovic, de par l'absence des victimes par crainte de représailles et les inquiétudes sur leur possible retour dans les réseaux d'exploitation. Des remontées du terrain, il ressort que la part de filles impliquées dans des actes de délinquance forcée (distributeurs de monnaie, vols de portables, vols dans le métro) est nettement supérieure à la délinquance habituelle des jeunes filles, ce qui témoigne de l'existence de réseaux de criminalité organisée. Ainsi, les statuts de victime et de délinquant ne sauraient se cumuler, et la qualité de victime devrait au contraire systématiquement s'appliquer dans les cas de délinquance forcée. L'esprit de la loi du 5 août 2013 relative à la traite des êtres humains veut d'ailleurs que la victime mineure se voit reconnue comme telle, quand

Voir à ce sujet, CNCDH, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national, Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers*, 26 juin 2014

⁶³¹ Voir à ce sujet le site du Collectif contre la traite, et particulièrement la rubrique *Traite des mineurs*

http://contrelatraite.org/spip.php?page=rubrique&id_rubrique=108

Voir également : Peyroux Olivier, *La traite des enfants d'Europe de l'Est en France*, Editions Non-Lieu, Paris 2013 ; Peyroux Olivier, *Traite des mineurs en Europe de l'Ouest : processus et stratégie*, publié dans le Journal du Droit des jeunes, mars 2012

bien même l'infraction n'aurait pas été accompagnée de menace, de recours à la force ou d'autres formes de contrainte⁶³². Aussi, dans les cas où le mineur exploité commet un délit au bénéfice d'un tiers, le statut de victime doit prévaloir sur celui de délinquant⁶³³, et la jeune victime être protégée en conséquence.

53. A cet égard, la CNCDH recommande que la formation des enquêteurs, des magistrats du parquet et des juges puisse être axée vers une meilleure identification des situations de traite et puisse inciter à poursuivre sous l'incrimination consacrée par le législateur, notamment au vu des peines encourues. Par ailleurs, cette question de victime de traite à protéger doit être largement relayée auprès du grand public : un travail de sensibilisation est nécessaire afin de faire évoluer les mentalités et permettre à chaque citoyen de pouvoir signaler les cas de traite. La CNCDH appuie enfin la demande du Collectif « Ensemble contre la traite des êtres humains » que la traite soit déclarée Grande cause nationale. Enfin, en sa qualité de rapporteur national en charge de l'évaluation de la politique publique mise en œuvre en matière de lutte contre la traite des êtres humains⁶³⁴, la CNCDH exhorte les pouvoirs publics à se saisir de la question de la traite des enfants, dont la gravité appelle des politiques pénale et sociale d'envergure, accompagnées des moyens adéquats et guidées par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

C. LE DROIT A LA PROTECTION DE LA SANTE ET A L'ACCES AUX PRESTATIONS SOCIALES

54. La protection de la santé est un droit fondamental encadré tant en droit international⁶³⁵ qu'en droit interne⁶³⁶. Le dispositif de l'Aide Médicale d'Etat⁶³⁷, dispositif d'aide sociale,

⁶³² Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, codifiée à l'article 225-4-1 du code pénal

⁶³³ La directive 2011/36/UE en date du 5 avril 2011 dispose qu'il n'y a pas de condamnation possible d'une personne forcée à commettre des actes de délinquance et prévoit par ailleurs un régime de protection spécifique s'agissant des victimes mineures.

Directive 2011/36/UE en date du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=FR>

L'article 225-4-1 du code pénal précise que le fait de "contraindre la victime à commettre tout crime ou délit" constitue l'une des finalités de la traite des êtres humains et est passible, à ce titre, de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

S'agissant des victimes mineures, l'infraction est constituée même en l'absence de menace, de recours à la force, ou autres formes de contrainte.

⁶³⁴ Plan national de lutte contre la traite des êtres humains, 14 mai 2014, mesure n° 23

⁶³⁵ Article 25§1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948

« Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. »

Article 12§1 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966

« Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. »

Article 24§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, du 20 novembre 1989

« Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services. »

⁶³⁶ Article L1110-1 du code de la santé publique

« Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités

doit permettre aux étrangers précaires en situation irrégulière présents depuis plus de 3 mois sur le territoire de bénéficier d'un accès aux soins. L'affiliation à l'assurance maladie sur critère de résidence (Couverture maladie universelle ou CMU)⁶³⁸ doit permettre l'accès aux soins des étrangers précaires en situation régulière. Les étrangers présents depuis moins de 3 mois sur le territoire doivent pouvoir bénéficier d'une prise en charge de leurs soins urgents et vitaux et des dispositifs de PASS hospitalières pour favoriser leur accès aux soins. Par ailleurs, la circulaire interministérielle du 26 août 2012 sur l'anticipation des évacuations de campements illicites prévoit que le principe de continuité de l'accès aux droits des personnes, particulièrement s'agissant des parcours de soins, devrait guider l'action des préfets pour accompagner les populations expulsées de bidonvilles.

55. Pourtant, la protection de la santé des populations vivant en bidonvilles en France est loin d'être effective. Au contraire, la situation sanitaire de ces populations y est particulièrement typique du fossé qui existe entre l'énoncé des droits et leur concrétisation.
56. En effet, aux conditions de vie précaires en bidonvilles, souvent dépourvus de points d'eau, de sanitaires et de ramassage des ordures, s'ajoutent les conséquences des évacuations répétées. La politique gouvernementale d'évacuation entraîne la détérioration des conditions de vie, la rupture du processus d'intégration et de soins, l'exposition à des facteurs de risque. Les expulsions contraignent les familles à se cacher, les rendant inaccessibles aux associations et aux services de santé publique, sans compter l'impact psychologique et parfois même physique des opérations policières. Elles peuvent entraîner des ruptures de soins et de suivi médical, la perte de traitements et de documents médicaux. En outre, les pressions exercées à l'encontre des populations et leurs conditions de vie alimentent des retards dans le recours aux soins et ont un impact direct sur la santé des personnes. La primauté d'objectifs sécuritaires sur les intérêts sanitaires des populations concernées et de la population générale provoque la mise en danger de ces populations vulnérables et ne permet pas l'accompagnement préconisé par la circulaire du 26 août 2012. L'épuisement et les impératifs de survie immédiate repoussent le besoin médical en dernière extrémité, ce qui entraîne des renoncements aux soins ou, quand ceux-ci sont engagés, des ruptures de soins.
57. Dans les faits, le diagnostic préalable, global et individualisé, lequel devrait garantir le principe de continuité des parcours de soins, se réduit à un simple procédé de recensement parfaitement inopérant. La circulaire du 26 août 2012 recommandait que ces diagnostics permettent la mise en œuvre d'actions d'accompagnement adaptées en particulier dans le domaine de la santé afin de garantir la continuité de la prise en charge.

sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessaires par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. »

⁶³⁷ Article L251-1 du code de l'action sociale et des familles : « Tout étranger résidant en France de manière ininterrompue depuis plus de trois mois, sans remplir la condition de régularité mentionnée à l'article L. 380-1 du code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L. 861-1 de ce code a droit, pour lui-même et les personnes à sa charge au sens de l'article L. 161-14 et des 1° à 3° de l'article L. 313-3 de ce code, à l'aide médicale de l'Etat. »

⁶³⁸ Circulaire DSS/DACI/2007/418 du 23 novembre 2007 relative au bénéfice de la couverture maladie universelle de base (CMU) et de la couverture maladie universelle complémentaire (CMUc) des ressortissants de l'Union Européenne, de l'Espace économique européen et de la Suisse résidant ou souhaitant résider en France en tant qu'inactifs, étudiants ou demandeurs d'emploi.

Or aujourd'hui, de telles actions reposent uniquement sur le travail de médiation mené par les quelques associations et collectifs présents sur le terrain, qui ne peuvent couvrir l'ensemble des besoins ni amenuiser l'impact majeur des expulsions sur les parcours de soins.

58. De même, les pratiques de certains organismes sociaux viennent entraver l'accès aux soins des populations vivant en bidonvilles. Ainsi certaines CPAM pratiquent des conditions plus restrictives que la loi ne le prévoit (notamment demande de certificat de radiation dans le pays d'origine)⁶³⁹, et certains CCAS refusent de domicilier les personnes habitant en bidonvilles ou formulent des conditions abusives à leur égard, tandis que les préfets ne jouent pas leur rôle de coordination de l'offre de domiciliation sur leur territoire, créant une situation discriminatoire qui ne permet pas un accès effectif aux soins. Ces pratiques sont non seulement illégales, mais encore discriminatoires et génératrices d'inégalités d'un territoire à l'autre. Dans son récent rapport, ERRC indiquait qu'à peine plus de 50% des personnes interrogées possédaient une couverture maladie française, tandis que moins de 20% ont déclaré être bénéficiaire d'aides sociales⁶⁴⁰. Si ces populations sont parfois suspectées de profiter exagérément des dispositifs d'accès aux soins et aux prestations sociales, elles se heurtent en réalité à des obstacles quotidiens pour avoir accès aux dispositifs sanitaires de droit commun auxquels elles ont théoriquement droit.
59. Ainsi les différents rapports sur le sujet dressent un constat de la situation sanitaire des populations vivant en bidonvilles particulièrement alarmant : prédominance de pathologies liées aux conditions de vie insalubres, exposition aux risques épidémiques (notamment rougeole), moindre accès aux soins curatifs et préventifs (vaccination, soins pré-nataux et post-nataux, méthodes contraceptives)⁶⁴¹.
60. La CNCDH rappelle ses recommandations déjà exprimées en 2013, tant l'action des pouvoirs publics en la matière peine à évoluer : elle recommande au ministre de la Santé et à la CNAMTS de rappeler le droit applicable en matière d'ouverture des droits à la couverture maladie pour les ressortissants de l'Union Européenne et recommande aux ministères sociaux de rappeler le droit applicable en matière de domiciliation.

⁶³⁹ Sur le droit à la protection de la santé et à l'accès aux prestations sociales des populations Roms en France, voir notamment :

Fiche pratique du Gisti, Le droit à la protection sociale des ressortissants communautaires, 2008

Roms, Accès aux droits, La couverture maladie des ressortissants européens en France

<http://www.droitsdesroms.org/La-couverture-maladie>

⁶⁴⁰ ERRC, Rapport du European Roma Rights Centre, Destruction des progrès, progression des destructions : Les femmes et enfants roms, citoyens européens en France, Septembre 2014.

⁶⁴¹ Voir notamment:

Observatoire régional de santé d'Île-de-France, Situation sanitaire et sociale des « Roms migrants » en Île-de-France, Janvier 2012

http://www.ors-idf.org/dmddocuments/ORS_Rapport_Roms.pdf

Amnesty International, Condamnés à l'errance, les expulsions forcées de Roms en France, 2013

http://www.amnesty.fr/sites/default/files/Rapport_Expulsions_forc%C3%A9es_de_roms_en_France_260913.pdf

Médecins du Monde, Observatoire de l'accès aux droits et aux soins de la mission France, Rapport 2013

<http://www.medecinsdumonde.org/Publications/Observatoire-2014-de-l-acces-aux-droits-et-aux-soins-telechargez-le-rapport>

Commission européenne, Roma Health Report, Health Status of the Roma Population, Data collection in the Member States of the European Union, Août 2014

http://ec.europa.eu/health/social_determinants/docs/2014_roma_health_report_en.pdf

61. En outre, la CNCDH rappelle que les mesures de protection de la santé doivent comprendre une adaptation des structures de santé publique aux besoins et conditions spécifiques des habitants des bidonvilles. En particulier, il faut généraliser le recrutement de médiateurs sanitaires et *a minima* le recours à des interprètes professionnels lors de toute consultation.

D. FAVORISER L'ACCES AU MARCHE DU TRAVAIL

62. L'emploi est un axe fondamental du processus d'insertion des populations : il permet l'autonomie financière et offre donc la possibilité de rentrer dans un processus d'accès au logement de droit commun. Consciente de la crise économique actuelle et des tensions sur le marché du travail français, la CNCDH ne nie pas les difficultés qui peuvent se faire jour pour intégrer sur le marché du travail des populations bien souvent non francophones, peu diplômées et peu qualifiées. Mais la Commission rappelle que ces difficultés, pas plus que la crise économique ou un taux de chômage élevé, ne sauraient justifier le non-respect du droit en vigueur en matière d'accès à l'emploi. Pour les populations vivant en bidonvilles, comme pour les autres personnes résidant en France, le rôle des organismes publics est d'accompagner vers l'emploi, de coordonner les actions des différents acteurs, et de favoriser la formation des jeunes afin de leur assurer un avenir, en mobilisant les dispositifs en vigueur. Or des difficultés administratives entravent l'insertion des populations des bidonvilles sur le marché du travail.

63. La levée, le 1^{er} janvier 2014, des mesures transitoires applicables aux ressortissants roumains et bulgares met fin, en théorie, aux obligations d'obtention d'un titre de séjour et d'une autorisation de travail. Désormais, Roumains et Bulgares ne sont pas soumis à des conditions particulières pour prétendre à un emploi en France, pour s'inscrire à Pôle Emploi et pour bénéficier des prestations pour demandeurs d'emploi⁶⁴². Mais les services de Pôle emploi ne sont pas toujours au fait de la réglementation en vigueur, s'agissant des ressortissants roumains et bulgares. Dès lors, le rôle des autorités administratives est de clarifier les conditions, tant auprès des populations qu'auprès des services concernés, et de permettre à chacun(e) de faire valoir ses droits. Par ailleurs, les agents d'accueil devraient pouvoir bénéficier d'une formation à la prise en charge des populations allophones peu qualifiées.

64. Pour permettre leur insertion sur le marché de l'emploi, il est nécessaire d'améliorer l'information et l'accès à l'ensemble des dispositifs de formation professionnelle, en particulier pour les femmes et les jeunes. A ce titre, la validation des acquis de l'expérience permettrait à ceux qui justifient d'au moins trois ans d'expérience dans le domaine visé d'obtenir une certification. Des partenariats spécifiques peuvent également

⁶⁴² « Le citoyen européen ou suisse, qui souhaite s'installer et travailler en France, doit être muni d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité. Il peut exercer toute activité économique, salariée ou non salariée [...]. Il n'est pas obligé de détenir un quelconque titre de séjour ou de travail. »

L'instruction de Pôle Emploi n° 2011-192 du 24 novembre 2011 précise que « bénéficiant du libre accès au marché du travail et du droit d'être inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi sous le seul couvert de leur passeport ou d'une carte nationale d'identité en cours de validité, les ressortissants des vingt-quatre pays de l'UE. C'est également le cas des ressortissants de l'Espace économique européen (EEE) - comprenant les pays de l'UE plus l'Islande, la Norvège, et le Liechtenstein - ainsi que des ressortissants helvétiques, andorrans, monégasques et saint-marinais, qui, sous couvert d'une pièce d'identité en cours de validité, peuvent solliciter leur inscription sur la liste des demandeurs d'emploi », BOPE n° 2011-123.

être développés avec Pôle emploi⁶⁴³. Il s'agit de veiller à ce que les personnes soit orientées vers les secteurs où leurs compétences sont recherchées et peuvent être mises en valeur : jardinier-paysagiste, artisanat, construction, agriculture, ferrailage, mécanique, recyclage, etc. Des entreprises d'insertion ont déjà pu développer des partenariats avec des associations locales, assurant le suivi des familles. Une majorité des personnes vivant en bidonvilles souhaite notamment exercer dans un cadre légal. Il serait judicieux de développer, lorsque cela est possible, l'aide à la création d'entreprise et à l'obtention du statut d'auto-entrepreneur.

E. DROIT AU SEJOUR ET LIBERTE DE CIRCULATION

65. Les populations présentes dans les bidonvilles viennent pour une très large part de Roumanie, et dans une moindre mesure de Bulgarie. Elles sont donc, depuis le 1^{er} janvier 2007, citoyennes de l'Union européenne et à ce titre bénéficient du droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, en vertu des dispositions de la directive 2004/38/CE⁶⁴⁴. Toutefois, ce droit peut être remis en cause si le ressortissant communautaire ne satisfait pas aux conditions de séjour énoncées par la directive ou s'il présente une menace pour l'ordre public, l'Etat membre d'accueil pouvant alors ordonner une mesure d'éloignement du territoire. En vertu du droit communautaire⁶⁴⁵, cette mesure doit être individuelle, faire l'objet d'un examen personnalisé et d'une motivation conforme aux dispositions relatives au droit de séjour. Dans son avis du 22 mars 2012, la CNCDH avait relevé qu'en France, au-delà des limitations prévues par la directive, plusieurs dispositions législatives ou réglementaires venaient limiter le droit au séjour des ressortissants roumains et bulgares. La CNCDH constate que ces dispositions sont toujours en vigueur et que les remarques formulées à l'époque sont toujours d'actualité⁶⁴⁶ :

- la notion de charge déraisonnable est toujours invoquée par les préfetures pour motiver les obligations de quitter le territoire (OQTF). Or ce motif d'éloignement dans

⁶⁴³ A Metz, par exemple, dans le cadre d'un programme d'insertion, Pôle Emploi a organisé, avec l'appui de la DIRECCTE, des séances de bilan de capacités. Celle-ci ont été confiées à un prestataire spécialisé, en mesure de définir un projet professionnel avec les bénéficiaires et de les accompagner vers les structures ou entreprises compétentes. Des formations ont également été proposées pour renforcer l'apprentissage de la langue française et un soutien apporté dans la recherche d'emploi.

⁶⁴⁴ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La liberté de circulation est également consacrée par l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et par l'article 45 de la Charte européenne des droits fondamentaux. La directive précise que la liberté de circulation des citoyens européens et des membres de leur famille ne peut être limitée que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (article 1-c). En deçà d'une période de trois mois, les ressortissants communautaires peuvent séjourner dans un Etat membre sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité (article 6). Pour des séjours de plus de trois mois, la directive dispose que, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, tout citoyen de l'Union européenne, a le droit de séjourner dans un autre Etat membre s'il satisfait à l'une des conditions suivantes :

- s'il exerce une activité professionnelle;
- s'il dispose de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat d'accueil ;
- s'il suit des études (y compris une formation professionnelle) (article 7).

⁶⁴⁵ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, articles 27 et 28.

⁶⁴⁶ CNCDH, *Avis sur le respect des droits des « gens du voyage » et des Roms migrants au regard des réponses récentes de la France aux instances internationales*, adopté en assemblée plénière le 22 mars 2012

le cas des ressortissants roumains ou bulgares est très contestable au plan de sa légalité au regard des textes et de la jurisprudence européens qui en font un argument contraignant pour l'Etat qui l'invoque.

- De nombreux acteurs de terrain et associations continuent à fait part à la CNCDH du fait que les préfetures notifient des OQTF au titre d'une menace grave à l'ordre public sans satisfaire aux exigences du droit communautaire.

66. Au-delà des motifs invoqués pour notifier les mesures d'éloignement - dont la disproportion ou la non-conformité avec le droit communautaire ont été dénoncées de manière détaillée en 2012 - il convient de souligner la multiplicité des irrégularités de procédure les concernant. Les expulsions collectives d'étrangers sont prohibées par l'article 4 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 19-1 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Par ailleurs, en vertu de la directive 2004/38/CE, les décisions d'éloignement doivent faire l'objet d'une analyse détaillée et personnalisée (article 28), et les motivations doivent être notifiées précisément (article 30-2). La CNCDH constate que les témoignages de non-respect de cette analyse préalable sont multiples. Les décisions d'éloignement sont distribuées de façon collective sur les lieux de vie des personnes. Généralement, le motif est rédigé de façon stéréotypée, voire pré-imprimée, et de nombreuses préfetures utilisent des formules standards identiques pour chaque individu. Il n'est fait référence à aucun élément permettant de déterminer le contexte dans lequel est intervenu le contrôle du droit au séjour et il n'est jamais fait mention d'aucune explication précise sur les raisons pour lesquelles l'administration a été amenée à douter du droit au séjour du ressortissant communautaire éloigné.
67. La loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme⁶⁴⁷ crée une mesure administrative visant à interdire l'entrée sur le territoire français tout citoyen européen non résidant en France ne se trouvant pas déjà sur le territoire et dont la présence en France « constituerait (...) du point de vue de l'ordre ou de la sécurité publics, une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société ». L'absence de mention du caractère terroriste de cette menace ainsi que l'interprétation extensive de la menace à la sécurité publique donnent de bonnes raisons de craindre que cette mesure ne soit utilisée abusivement par l'administration pour interdire l'entrée sur le territoire des citoyens européens qui ne représentent en aucun cas une menace terroriste. En effet, dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a considéré que pratiquer la mendicité en prétendant récolter des dons pour une association caritative représentait une menace grave à la sécurité publique qui constitue un « intérêt fondamental de la société française »⁶⁴⁸.
68. Le projet de loi relatif au droit des étrangers⁶⁴⁹ prévoit, quant à lui, une interdiction temporaire de circulation sur le territoire français qui pourrait être adoptée à l'encontre de tout citoyen européen qui a « abusé de son droit de libre circulation ou dont le

⁶⁴⁷ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029754374&dateTexte=&categorieLien=i>

⁶⁴⁸ Conseil d'Etat, 5ème / 4ème SSR, 01 octobre 2014, 365054, publié au recueil Lebon

⁶⁴⁹ Projet de loi relatif au droit des étrangers en France, voir le dossier législatif sur le site de l'assemblée nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/droit_etrangers.asp

comportement a menacé l'ordre public ». Il s'agit d'une restriction à la liberté de circulation contraire au droit européen, dont les textes (en particulier la directive 2004/38/CE) et la jurisprudence posent des limites claires : seules des considérations liées à l'ordre public peuvent justifier de telles restrictions, or la notion d'abus de droit n'est pas liée à l'ordre public tel que défini par l'Union (voir supra). L'abus de droit est défini en droit interne comme le fait de renouveler des séjours de moins de 3 mois sur le territoire alors que les conditions pour bénéficier d'un droit au séjour de plus de trois mois ne sont pas réunies, ou par le fait de venir en France dans le but essentiel de profiter du système d'assistance sociale. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) indique très clairement que seuls des motifs tenant à l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique peuvent exceptionnellement justifier des mesures de restriction à la libre circulation, mesures qui ne peuvent être systématiques. Des motivations économiques ne peuvent conduire à limiter la liberté de circulation. L'abus de droit ne peut donc fonder de telles mesures : multiplier les séjours de moins de trois mois ne constitue pas un trouble à l'ordre public. Par ailleurs, le recours très fréquent à la notion de menace à l'ordre public pour justifier des mesures d'éloignement de citoyens roumains ou bulgares, marqué par une interprétation non-conforme de l'ordre public au regard du droit européen, fait craindre une utilisation abusive de cette notion pour fonder des mesures d'interdiction de circulation. La CNCDH estime que cette nouvelle mesure aboutirait à une limitation abusive de la liberté de circulation pour des citoyens européens en dépit des principes fondamentaux de la construction de l'Union européenne. Elle contribuerait par ailleurs à précariser davantage ces citoyens européens.

69. En matière de liberté de circulation et de droit au séjour, la CNCDH recommande le plein respect du droit communautaire et notamment une interprétation rigoureuse des notions de trouble à l'ordre public et de charge déraisonnable, dans l'esprit de ce que prévoit la directive 2004/38/CE.
70. Une faible part des personnes vivant en bidonvilles est originaire des pays de l'ex-Yougoslavie, elles ne peuvent donc bénéficier des conditions de droit au séjour applicables aux ressortissants communautaires. Victimes de violences et de discriminations notoires dans leur pays, la plupart des Roms d'ex-Yougoslavie demande le droit d'asile à l'arrivée en France. Or, comme la CNCDH le notait déjà dans son avis de 2012, depuis l'entrée en vigueur, en mars 2005, de la loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers demandeurs d'asile, l'accès au droit d'asile s'est vu très limité pour les ressortissants des pays d'origine dits « sûrs », auxquels est appliquée une procédure rapide. Les ressortissants originaires de ces pays - Bosnie-Herzégovine, Serbie, Macédoine et jusqu'à récemment le Kosovo - ne peuvent donc plus bénéficier d'une instruction approfondie de leur situation, ce qui aboutit presque toujours à des refus d'asile. Pour autant, les Etats dont sont originaires ces personnes ne les reconnaissent pas et refusent de les recevoir - certaines se trouvant même en situation d'apatridie - elles sont donc majoritairement « ni régularisables, ni expulsables ». Pour mettre fin à ces situations de non-droit, la CNCDH rappelle ses recommandations de 2012 et recommande à ce qu'il soit procédé à un examen individuel et approfondi de la situation des personnes demandant l'asile, tenant compte de la situation de ces populations dans les pays dont elles sont originaires.

Avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile

Assemblée plénière du 20 novembre 2014

(Adoption à l'unanimité)

1. Le 16 juillet 2013, le ministre de l'intérieur a initié une concertation nationale sur la réforme du droit d'asile présidée par deux parlementaires, la sénatrice Valérie Létard et le député Jean-Louis Touraine. Cette concertation a associé l'ensemble des acteurs de l'asile : le secteur public et les associations engagées dans ce domaine⁶⁵⁰. La CNCDH a été auditionnée le 13 novembre 2013, avant que la concertation ne s'achève, le 28 novembre 2013, par la remise d'un rapport au ministre de l'intérieur⁶⁵¹. Le 23 juillet 2014, un projet de loi *relatif à la réforme de l'asile* a été adopté en Conseil des ministres.
2. Par lettre du 5 août 2014, le ministre de l'intérieur a saisi la CNCDH en vue de recueillir son avis sur ce texte.
3. Le Gouvernement a ensuite, le 30 septembre 2014, engagé la procédure accélérée sur le projet de loi. Aussi, la CNCDH ne peut-elle d'emblée que rappeler une nouvelle fois sa ferme opposition à la mise en œuvre de cette procédure dans une matière aussi sensible pour les droits et libertés que la garantie du droit d'asile. La réforme constitutionnelle de 2008 a certes entraîné une diminution du temps parlementaire consacré à l'examen des projets de loi ce qui, en pratique, conduit le Gouvernement à mettre en œuvre plus fréquemment la procédure accélérée. Cependant celle-ci ne permet pas un fonctionnement normal du Parlement, dès lors qu'elle restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit, par ricochet, à la qualité de la loi⁶⁵².
4. La présente réforme s'inscrit dans le processus de communautarisation de l'asile⁶⁵³. En effet, à la suite de l'adoption par le Conseil européen du programme de Stockholm, le Traité de Lisbonne a confié à l'Union européenne (UE) la tâche de développer « *une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non*

⁶⁵⁰ Un « contre-rapport », très critique, a été établi par la Coordination française du droit d'asile : voir CFDA, Recommandations de la Coordination française du droit d'asile pour une réforme d'envergure, 17 février 2014 ; CFDA, Analyse du projet de loi relatif à la réforme de l'asile, 17 octobre 2014.

⁶⁵¹ Valérie Létard et Jean-Louis Touraine, Rapport sur la réforme de l'asile, Paris, le 28 novembre 2013.

⁶⁵² Dans ce sens CNCDH 15 avril 2010, Avis sur l'élaboration des lois, en ligne sur : www.cncdh.fr.

⁶⁵³ Pour plus de détails, voir Corinne Balleix, La politique migratoire de l'Union européenne, La documentation française 2013, p. 31 et s. ; Anicet Le Pors, Le droit d'asile, PUF 2011, p. 107 et s. Pour une approche critique, Virginie Guiraudon, L'Europe et les réfugiés : une politique peu solidaire, Pouvoirs n° 144 (2013), p. 79 et s.

refoulement » (article 63.1). Après cinq années de négociations, le Conseil de l'UE et le Parlement ont adopté en juin 2013 les textes révisés des directives « Accueil » et « Procédures » devant être transposées d'ici juillet 2015⁶⁵⁴, du règlement « Dublin III » directement applicable à compter de janvier 2014⁶⁵⁵ et du règlement « Eurodac » directement applicable à compter de juillet 2015⁶⁵⁶. La refonte de la directive « Qualification » avait eu lieu en 2011, le délai de transposition étant fixé au 21 décembre 2013⁶⁵⁷.

5. Le projet de loi intervient dans un contexte extrêmement difficile où des populations entières fuient, au péril de leur vie, les conflits armés sévissant en Irak et en Syrie⁶⁵⁸, et ailleurs aussi. A cela s'ajoute la survenance récente d'événements tragiques aux frontières de l'espace Schengen⁶⁵⁹ qui laisse fortement craindre que les pouvoirs publics ne soient tentés de durcir encore leur politique de contrôle des flux migratoires⁶⁶⁰. Si la CNCDH peut, sans naïveté, comprendre les craintes d'afflux massif exprimées dans *l'Etude d'impact*⁶⁶¹, elle estime néanmoins celles-ci doivent être ramenées à de plus justes proportions. A cet égard, la CNCDH rappelle que :

- au sein de l'UE, le nombre de demandeurs d'asile (à peine supérieur à 330000 en 2012, selon Eurostat) reste dérisoire au regard de la population⁶⁶² et de la puissance économique des pays composant l'Union⁶⁶³ ;
- en France, le nombre des bénéficiaires d'une protection internationale au titre de l'asile reste stable, soit 169990 personnes en 2013⁶⁶⁴, nombre qui reste très inférieur à

⁶⁵⁴ Directive n° 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)* ; Directive n° 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*.

⁶⁵⁵ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *établissant des critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*.

⁶⁵⁶ Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil *relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales (refonte)*.

⁶⁵⁷ Directive n° 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 *concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte)*.

⁶⁵⁸ Voir Akram Kachee, *La crise en Syrie, un défi majeur pour la France et l'Europe. Un conflit interne aux répercussions régionales*, in : Forum réfugiés - Cosi, *L'asile en France et en Europe, Etat des lieux 2014*, juin 2014, p. 24 et s.

⁶⁵⁹ Voir Amnesty International, *La forteresse Europe. Faits et chiffres, Rapport*, juillet 2014 ; Amnesty International, *Des vies à la dérive. Réfugiés et migrants en péril en Méditerranée, Rapport*, octobre 2014.

⁶⁶⁰ Voir Danièle Lochak, *Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique*, Pouvoirs n° 144 (2013), p. 46 ; Virginie Guiraudon, *L'Europe et les réfugiés*, *op. cit.*, p. 84 et s. Catherine Wihtol de Wenden, *La question migratoire au XXI^{ème} siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Les presses de SciencesPo. 2013, p. 149 et s. Ces auteurs relèvent que depuis les années 80-90, les réfugiés sont entrés de plain-pied dans la problématique des migrations et des relations internationales. Les pays occidentaux cherchent, par tous moyens, à endiguer les flux de réfugiés issus des régions les plus déshéritées de la planète et à s'affranchir au maximum des obligations de la Convention de Genève.

⁶⁶¹ *Etude d'impact. Projet de loi relatif à la réforme de l'asile*, Paris, le 22 juillet 2014, § 1.1

⁶⁶² 505, 7 millions d'habitants dans l'UE28 au 1^{er} janvier 2013 (source Eurostat).

⁶⁶³ 51375 personnes se sont vues accorder un statut de réfugié dans l'UE-27 en 2012 (décisions de première instance et définitives) et 37105 une protection subsidiaire (source Eurostat).

⁶⁶⁴ OFPRA, *Rapport d'activité 2013*, Paris 2014, p. 38. Plus précisément au 31 décembre 2013, 186234 personnes étaient placées sous la protection de l'OFPRA, dont 169990 réfugiés, 14997 bénéficiaires de la protection subsidiaire et 1247 apatrides.

celui des bénéficiaires de cette protection en 1953 (224829 réfugiés, source ministère de l'intérieur) et est comparable à celui de 1993 (165531 réfugiés, source OFPRA).

Si ces chiffres démentent la réalité d'un afflux massif, il faut rappeler que le souci de répondre à une telle situation est déjà pris en compte par le droit de l'UE qui a institué une protection temporaire⁶⁶⁵, procédure restée jusqu'à ce jour inappliquée⁶⁶⁶.

6. Pourtant, et alors même que le Gouvernement exprime la volonté de « *garantir que la France assure pleinement son rôle de terre d'asile en Europe* »⁶⁶⁷, l'exposé des motifs du projet de loi souligne que le dispositif actuel crée une « *incitation au détournement de la procédure d'asile à des fins migratoires* » avant de définir les deux axes qu'il se propose de suivre, à savoir non seulement : « *améliorer encore la protection des personnes réellement en besoin d'une protection internationale* », mais aussi « *permettre plus facilement au dispositif d'écarter rapidement la demande d'asile infondée* »⁶⁶⁸. La CNCDH ne peut que déplorer ce type de formulation récurrente depuis plus de 20 ans, qui, en opposant les « bons » demandeurs d'asile aux « mauvais », contribue à créer un climat de suspicion généralisée à l'encontre de ceux qui sollicitent une protection internationale⁶⁶⁹. De même, l'emploi de doubles négations dans plusieurs articles du projet de loi (par exemple, l'exigence que la demande de réexamen ne soit pas irrecevable ou que la demande d'asile à la frontière ne soit pas manifestement infondée) peut être compris comme posant une présomption d'absence de sincérité des demandes d'asile. En outre, plusieurs dispositions du projet de loi mentionnent malencontreusement « l'étranger » (voir les articles 12 et 13), cette terminologie entretenant une confusion fâcheuse entre les questions d'asile et d'immigration. Les deux procèdent pourtant de logiques bien différentes : le droit de l'asile repose sur une logique de protection, alors que le droit des étrangers repose sur une logique de contrôle⁶⁷⁰. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande une amélioration de la rédaction du projet de loi. A une époque où prolifèrent les discours sécuritaires « affolant » l'opinion publique et entraînant un repli identitaire, voire xénophobe⁶⁷¹, elle se doit d'appeler les pouvoirs publics à une grande vigilance, dès lors que tout processus d'étiquetage, délibéré ou non, ne pourra que porter préjudice à l'exercice du droit d'asile⁶⁷².

⁶⁶⁵ Directive n° 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 *relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil.*

⁶⁶⁶ Voir CNCDH 23 juin 2011, Avis sur les mouvements migratoires liés aux « printemps arabes ». Voir également la lettre du 20 novembre 2013 adressée au Président de la République par la Présidente de la CNCDH relative à l'accueil des réfugiés syriens.

⁶⁶⁷ Exposé des motifs. Projet de loi relatif à la réforme de l'asile, Paris, le 22 juillet 2014.

⁶⁶⁸ Ibid.

⁶⁶⁹ Sur cette question, voir notamment Jérôme Valluy, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit de l'asile*, Terra 2009 ; Estelle d'Halluin-Mabillot, *Les épreuves de l'asile. Associations et réfugiés face aux politiques du soupçon*, EHESS 2012.

⁶⁷⁰ Jean Gaeremynck, *L'arrivée et la demande d'asile*, Pouvoirs n° 144 (2013), p. 49.

⁶⁷¹ Voir CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Rapport 2013, La documentation française 2014.*

⁶⁷² Voir Didier Fassin (dir.), *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'Etat*, Seuil 2013, p. 101 et s. qui constate à l'issue d'une enquête récente de terrain que « l'asile apparaît désormais comme un vecteur d'immigration et les pratiques institutionnelles se font de plus en plus rigoureuses afin d'éviter les abus et de sélectionner les vrais persécutés. Le discours délégitimant les demandeurs d'asile a une influence sur les pratiques de jugement à la CNDA, qui sont guidées par la suspicion » (p. 131 et 132). Sur cette question, voir également Jérôme Valluy, *op. cit.* ; Karen Akoka et Alexis Spire, *Pour une histoire sociale de l'asile politique en France*, Pouvoirs n° 144 (2013), p. 67 et s.

7. Au regard de ce qui précède, il est de la responsabilité de la CNCDH de rappeler les grands principes gouvernant le droit d'asile, dont la protection est d'abord conventionnelle. Elle découle de la Convention de Genève sur les réfugiés du 28 juillet 1951 qui, sans exiger des Etats l'octroi d'un asile aux réfugiés, leur impose une double obligation, d'une part, de non-refoulement vers un pays dans lequel leur vie ou leur liberté serait menacée pour l'un des motifs de la convention (article 33-1), d'autre part, d'immunité pénale pour leur entrée ou séjour irrégulier (article 31-1), qui constitue le principe cardinal du droit des réfugiés⁶⁷³. L'on doit à la Charte des droits fondamentaux de l'UE d'avoir consacré le « droit d'asile » en tant que droit fondamental en l'amarrant à la Convention de Genève et au traité instituant la Communauté européenne (article 18). Le droit dérivé de l'Union a, quant à lui, reconnu un « droit à l'asile » tant aux réfugiés qu'aux bénéficiaires de la protection subsidiaire (article 24 de la directive « Qualification »). La protection de ce droit est ensuite nationale, dès lors que le 4^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, intégré dans le bloc de constitutionnalité, reconnaît un droit d'asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté. En outre, « *les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif* » (article 53-1 de la Constitution de 1958). Pour le Conseil constitutionnel, le droit d'asile est un « droit fondamental » et un « principe de valeur constitutionnelle »⁶⁷⁴. Le Conseil d'Etat en a, lui, affirmé le caractère de « droit constitutionnel » et de « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CJA)⁶⁷⁵.
8. Le caractère de « droit fondamental » du droit d'asile interdit en premier lieu de confondre les questions d'asile et d'immigration : l'asile ne saurait, parce qu'il est un droit, être soumis aux vicissitudes de la politique de l'immigration. A cet égard, la CNCDH entend réaffirmer qu'une véritable politique de l'asile ne peut tolérer une approche purement quantitative et économique mettant en exergue la hausse du nombre de demandeurs, partant, l'accroissement des coûts. Réduire la question de l'asile à un problème de gestion des flux ou de réduction des coûts est inacceptable dès lors qu'est en cause l'exercice d'un droit fondamental⁶⁷⁶. La réforme législative faisant l'objet du présent avis est d'une grande ampleur et les importantes modifications apportées au droit d'asile devront faire l'objet de moyens suffisants dans les projets de lois de finances à venir.

⁶⁷³ Voir Denis Alland et Catherine Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, P.U.F. 2002, n° 139, p. 196, qui soulignent que la Convention de Genève ne lie pas l'asile à la qualité de réfugié.

⁶⁷⁴ Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC ; Cons. const. 22 avril 1997, n° 97-389 DC.

⁶⁷⁵ CE 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, AJDA 2001, p. 589 : « *Considérant, d'une part, que la notion de liberté fondamentale au sens où l'a entendue le législateur lors de l'adoption de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, englobe, s'agissant des ressortissants étrangers qui sont soumis à des mesures spécifiques réglementant leur entrée et leur séjour en France, et qui ne bénéficient donc pas, à la différence des nationaux, de la liberté d'entrée sur le territoire, le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, dont l'obtention est déterminante pour l'exercice par les personnes concernées des libertés reconnues de façon générale aux ressortissants étrangers* ».

⁶⁷⁶ Voir Pierre Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française 2008, p. 28, qui souligne que les quotas en matière d'asile sont contraires à la Constitution et à la Convention de Genève.

En second lieu, le caractère de « droit fondamental » du droit d'asile impose au législateur de ne pas adopter des dispositions qui en affectent le contenu essentiel⁶⁷⁷. Les Etats sont au demeurant libres d'offrir une protection plus étendue que celle résultant du droit de l'UE⁶⁷⁸, pourvu qu'elle soit compatible avec lui. Ils doivent, comme l'UE, faire prévaloir une interprétation de la Charte qui soit protectrice des droits et libertés qu'elle énonce, ainsi que de ceux inscrits dans les conventions internationales auxquelles ils sont parties, comme la Convention de Genève et la Convention européenne des droits de l'homme (article 53 de la Charte des droits fondamentaux).

9. De plus, dans l'hypothèse où la transposition des directives de l'UE ne respecterait pas les droits fondamentaux, dont le droit d'asile, protégés au plus haut niveau, la CNCDH rappelle qu'à la vigilance classique de la Cour européenne des droits de l'homme, s'ajoute désormais le contrôle de la Cour de justice de l'UE précisément appelée à s'assurer de la conformité de ce droit dérivé avec la Charte des droits fondamentaux⁶⁷⁹ et, partant, avec la Convention de Genève dont elle devient ainsi l'interprète. Afin de sensibiliser les pouvoirs publics sur la nécessité d'une réforme de l'asile conforme aux exigences constitutionnelles et européennes, la CNCDH a rendu, le 28 novembre 2013, un *Avis sur le régime d'asile européen commun*⁶⁸⁰ et formulé onze recommandations en ce sens.
10. Un an plus tard, la CNCDH estime que plusieurs dispositions du projet de loi *relatif à la réforme de l'asile* constituent de réelles avancées. Ainsi en est-il de la consécration du droit au maintien sur le territoire français, de l'extension de l'effet suspensif des voies de recours, de la présence d'un tiers lors de l'entretien mené par l'agent de l'OFPPA, de la reconnaissance d'un droit à l'hébergement pour tous les demandeurs d'asile et de la présomption de validité des actes de l'état civil établis par l'OFPPA dans le cadre de la procédure de réunification familiale. Le maintien d'un juge spécialisé de l'asile doit également être salué.
11. Toutefois, le projet de loi lui paraît pouvoir encore être amélioré dans le sens d'une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux. A ce propos, la CNCDH se montre, une fois de plus, très préoccupée par la complexification croissante de la législation relative au droit d'asile⁶⁸¹. Il en résulte un droit extrêmement touffu et peu lisible, procédant notamment par renvoi à d'autres textes, auquel, à l'exception de spécialistes, seules quelques personnes, et certainement pas les principaux intéressés, ont la possibilité

⁶⁷⁷ Par exemple l'article 3 de la CESDH.

⁶⁷⁸ Voir notamment l'article 3 de la directive « Qualification » : « *Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive* ». L'article 5 de la directive « Procédures » dispose dans le même sens : « *Les Etats membres peuvent prévoir ou maintenir des normes plus favorables en ce qui concerne les procédures d'octroi et de retrait de la protection internationale, pour autant que ces normes soient compatibles avec la présente directive* ».

⁶⁷⁹ Voir CJUE 21 décembre 2011, N.S. & autres, n° C-411/10, qui a rappelé aux Etats qu'ils doivent interpréter leur droit national de manière conforme non seulement au droit dérivé, mais aussi aux droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique de l'UE et les autres principes généraux du droit de l'Union.

⁶⁸⁰ CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, JORF du 11 décembre 2013, texte n° 82.

⁶⁸¹ Voir déjà CNCDH 22 janvier 2004, *Avis sur le projet de décret relatif à l'OFPPA et à la CRR*, en ligne sur : www.cncdh.fr. ; CNCDH 20 septembre 2007, *Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration à l'intégration et à l'asile*, en ligne sur : www.cncdh.fr. ; CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, op. cit.

d'accéder. A titre d'exemple, l'article 2 du projet de loi modifiant l'article L.711-2 du CESEDA prévoit que « *les actes de persécution et les motifs de persécution au sens de la section A de l'article 1^{er} de la Convention de Genève sont appréciés dans les conditions prévues à l'article 9, paragraphes 1 et 2, et à l'article 10 paragraphe 1, de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011...* ». Ou encore, le nouvel article L.711-3 du CESEDA relatif aux clauses d'exclusion et le nouvel article L.711-4 du même code relatif aux clauses de cessation visent plusieurs dispositions de la Convention de Genève. Plus généralement, la CNCDH relève que la technique du renvoi législatif est employée de manière récurrente aux fins de détermination des règles procédurales applicables (voir notamment les articles 7 et 9 du projet de loi) et que le régime spécifique des outre-mer est d'une complexité décourageante (article 20 du projet de loi). La lecture de ces nouvelles dispositions s'avère peu aisée, tant pour les juristes que pour les non-juristes, qui doivent se référer simultanément à plusieurs textes. L'accessibilité et la prévisibilité de la loi, c'est-à-dire sa qualité, sont mises à mal. Le travail des praticiens en est rendu d'autant plus difficile.

12. Au-delà de ces questions relatives à la qualité de la loi, la CNCDH tient à rappeler, à propos des articles 2, 3 et 4 du projet de loi, les réserves déjà exprimées à l'encontre d'un certain nombre de notions et dispositions introduites en 2004⁶⁸² dans la première directive « Qualification »⁶⁸³ et reprises dans celle de 2011, comme notamment la notion d'agent de protection, que le projet de loi élargit en y incluant les partis politiques⁶⁸⁴, certaines clauses de révocation ou de non renouvellement du statut de réfugié⁶⁸⁵ ou d'exclusion⁶⁸⁶ contraires à la Convention de Genève, ou encore le principe d'une protection à deux niveaux (réfugié et protection subsidiaire⁶⁸⁷). La CNCDH s'inquiète surtout de la définition, par un simple renvoi à la directive « Qualification », des motifs de craintes de persécution tenant à l'appartenance à un certain groupe social (article 2 du projet de loi)⁶⁸⁸. Or la jurisprudence française, très hésitante, révèle une application incertaine de ce motif de

⁶⁸² Voir Catherine Teitgen-Colly, *The European Union and asylum: An illusion of protection*, (2006) 43 *Common Market Law Review*, Issue 6, p. 1503 et s.

⁶⁸³ Voir CNCDH 24 avril 2003, Avis sur le projet de loi n° 52-893 relative au droit d'asile, en ligne sur : www.cncdh.fr.

⁶⁸⁴ Article L.713-2 alinéas 2 et 3 modifiés du CESEDA : « Les autorités susceptibles d'offrir une protection peuvent être les autorités de l'Etat, des partis et des organisations internationales et régionales qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci. Cette protection doit être effective et non temporaire.

Une telle protection est en principe assurée lorsque les acteurs mentionnés au deuxième alinéa prennent des mesures appropriées pour empêcher les persécutions ou les atteintes graves, en particulier lorsqu'ils disposent d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution ou une atteinte grave, et lorsque le demandeur a accès à cette protection ».

⁶⁸⁵ L'article 14.4 a de la directive « Qualification » prévoit que les Etats membres peuvent révoquer ou ne pas renouveler le statut de réfugié lorsqu'il existe des motifs raisonnables de le considérer comme une menace pour la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve.

⁶⁸⁶ L'article 17.1 d de la directive « Qualification » prévoit qu'un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride est exclu de la protection subsidiaire lorsqu'il présente une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat membre.

⁶⁸⁷ Voir les articles 15 et suivants de la directive « Qualification ».

⁶⁸⁸ Article L.711-2 nouveau du CESEDA : « Les actes de persécution et les motifs de persécution au sens de la section A de l'article 1^{er} de la convention de Genève sont appréciés dans les conditions prévues à l'article 9, paragraphes 1 et 2, et à l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection ».

reconnaissance du statut de réfugié⁶⁸⁹. De plus, la définition qu'en donne l'article 10.1 d) de la directive « Qualification » est sujette à caution car trop restrictive selon le Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR)⁶⁹⁰, autorité que la Convention de Genève investit de la mission d'interpréter ses stipulations (article 35-1⁶⁹¹). Pour la CNCDH, l'enjeu qui s'attache à la définition claire de ce motif de reconnaissance du statut de réfugié - notamment pour les craintes de persécution liées à des considérations de genre - impose d'intégrer dans le CESEDA la définition du HCR et non celle de la directive « Qualification »⁶⁹².

13. Plus généralement, la CNCDH regrette que le projet de loi ne mette pas suffisamment en exergue les dispositions des directives qui formulent les « droits » des demandeurs d'asile et ceux des bénéficiaires de la protection au titre de l'asile, ainsi que les « garanties » qui les assortissent. Elle regrette également que la possibilité que ces directives offrent aux Etats d'adopter des dispositions plus favorables soit méconnue. De même, le projet de loi ne porte pas toute l'attention qu'ils mériteraient aux droits de la défense. Pourtant, l'attachement proclamé de la France au droit d'asile, comme le caractère fondamental de ce droit, commandent une approche plus protectrice et en tout cas non suspicieuse. Car, comme le relève la Cour européenne des droits de l'homme, les demandeurs d'asile sont « *un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale* »⁶⁹³. En effet, « *chaque demandeur d'asile est unique, chaque parcours aussi. Les personnes qui ont fui leur pays pour demander l'asile ont tout perdu et ont souvent déjà vécu le pire, bien que cela ne soit pas toujours visible de prime abord. Demander l'asile, c'est devoir se dévoiler, dire ce qu'on a subi, mettre des mots sur ce que l'on craint le plus. Ceux dont la demande échoue devront poursuivre leur errance. Décider qui obtient la précieuse protection doit donc se faire de manière éclairée, en se donnant les moyens de connaître le fond de chaque demande* »⁶⁹⁴. Aussi, la CNCDH tient-elle tout particulièrement à ce que les demandeurs d'asile bénéficient de droits « non pas théoriques et illusoire », mais « concrets et effectifs »⁶⁹⁵ à savoir :

- le droit à un accès effectif à la procédure d'asile ;
- le droit au traitement équitable de la demande d'asile ;
- le droit à des conditions matérielles d'accueil ;
- le droit à la prise en compte de l'état de vulnérabilité.

⁶⁸⁹ Voir notamment CNDA 29 avril 2011, n° 10012810 qui ne se fonde pas sur la définition du groupe social donnée par la directive, CE 25 juillet 2013, n° 350661, qui la retranscrit de manière erronée. Sur cette question voir également Anicet Le Pors, *Le droit d'asile*, op. cit., p. 56 et s.

⁶⁹⁰ UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale : « L'appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1 A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/02/02 Rev. 1°, 8 juillet 2008 ; UNHCR, Position du HCR relative à l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 ou Protocole de 1967 aux victimes de la traite en France. Publiée à l'occasion de deux décisions récentes de la Cour nationale du droit d'asile, 12 juin 2012.

⁶⁹¹ « Les Etats Contractants s'engagent à coopérer avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution des Nations unies qui lui succéderait, dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention ».

⁶⁹² Voir HCE/fh, Avis sur le projet de loi n° 2182 relatif à la réforme de l'asile, n° 2014-1114-INT-014.

⁶⁹³ Cour EDH 21 janvier 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce, req. n° 30696/09, § 251.

⁶⁹⁴ E. Shahshahani, *Projet de loi sur l'asile : les dangers de la réforme*, Courrier de l'ACAT 2014 (326), p. 43.

⁶⁹⁵ Cour EDH 9 octobre 1979, Airey c. Irlande, req. n° 6289/73, § 25.

I. LE DROIT A UN ACCES EFFECTIF A LA PROCEDURE D'ASILE

14. La directive « Procédures » est destinée à « *garantir aux personnes qui ont besoin d'une protection internationale l'accès à des procédures d'asile juridiquement sûres et efficaces* »⁶⁹⁶. Malgré quelques dispositions renforçant les garanties procédurales des demandeurs d'asile, elle comprend un catalogue de dérogations. L'adoption de formulations vagues⁶⁹⁷ et parfois ambiguës rend l'interprétation du texte extrêmement aléatoire et aboutit à permettre aux Etats de maintenir leurs pratiques nationales. La CNCDH entend par conséquent rappeler à titre liminaire que la transposition de la directive « Procédures » ne doit pas être l'occasion d'édulcorer les droits des demandeurs d'asile.

A. REGLER LE PROBLEME DE LA DOMICILIATION

15. A ce jour, la première étape, en préfecture, implique pour le demandeur d'asile de disposer d'une adresse, soit chez un tiers ou en son nom, soit auprès d'une association spécifiquement agréée à cette fin (article R. 741-2 du CESEDA). Difficile à obtenir selon les lieux et les périodes⁶⁹⁸, cette exigence contribue à retarder l'accès à la procédure d'asile⁶⁹⁹, en maintenant les demandeurs dans une situation juridique précaire⁷⁰⁰. Pour la CNCDH, afin de faciliter la domiciliation des demandeurs d'asile, une domiciliation auprès d'une plateforme d'accueil pour les demandeurs d'asile, d'un centre communal d'action sociale ou encore de tout organisme domiciliaire associatif non spécialisé, doit suffire à établir un justificatif de résidence⁷⁰¹. Elle appelle en conséquence à une modification de l'article R.741-2 du CESEDA.

B. SUPPRIMER LE PREALABLE DU PASSAGE EN PREFECTURE

1° Consacrer le principe d'unité de l'autorité responsable de la détermination

16. La directive « Procédures », qui incite à refondre notre procédure d'asile, invite les Etats membres à désigner « *pour toutes les procédures une autorité responsable de la détermination qui sera chargée de procéder à un examen approprié des demandes* » (article 4.1). Il ressort de cette disposition un principe d'unité de l'autorité responsable de la détermination⁷⁰². Certes, l'article 4 prévoit deux hypothèses (demande Dublin et demande à la frontière) permettant la désignation d'une autorité autre (article 4.2), mais

⁶⁹⁶ 8^{ème} considérant du Préambule de la directive « Procédures ».

⁶⁹⁷ Par exemple : « les Etats membres font en sorte que... » (articles 7.1, 7.3 et 7.4), « les Etats membres veillent » (articles 4.3, 6.1 et 6.2).

⁶⁹⁸ Voir CFDA, Droit d'asile en France : conditions d'accueil. Etat des lieux 2012, p. 18 et s.

⁶⁹⁹ Dans ce sens Jean Gaeremynck, op. cit., p. 58.

⁷⁰⁰ Dans l'attente de détenir une adresse, le demandeur d'asile potentiel risque d'être interpellé, de faire l'objet d'une mesure d'éloignement puis de se voir privé du droit au séjour provisoire, enfin de voir sa demande traitée en procédure prioritaire. Cette situation, bien que difficilement quantifiable, n'est pas une simple hypothèse d'école et contribue à compliquer les premières démarches relatives à une protection internationale.

⁷⁰¹ Voir CNCDH 29 juin 2006, Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France, qui soutient la nécessité de la création d'un service public de la domiciliation des demandeurs d'asile.

⁷⁰² Voir sur cette question Sylvia Preuss-Laussinotte, Transposition de la directive « Procédures ». Rapport sur la compétence unique de l'OFPRA, Centre de Recherche et d'Etudes des Droits Fondamentaux 2014.

il s'agit là non seulement d'une exception au principe d'unité, mais encore d'une exception facultative pour les Etats membres.

17. Dans son avis du 28 novembre 2013, la CNCDH, analysant la répartition des compétences entre l'OFPRA et l'autorité administrative, faisait le constat de la lenteur, de la disparité et de l'extrême complexité des premières démarches d'asile en préfecture, celles-ci étant de nature à porter une atteinte grave au droit fondamental, pour un demandeur d'asile, de voir examiner sa demande de manière effective⁷⁰³. Il lui est donc apparu nécessaire de rendre le dispositif d'asile plus lisible et cohérent en repensant l'entrée dans la procédure d'asile et en supprimant la « phase préfecture ». Pourtant le projet de loi maintient la compétence de l'autorité administrative pour l'enregistrement de la demande d'asile (article 12), pour la détermination de l'Etat responsable de la demande (article 13), pour le droit au maintien sur le territoire français (article 14) ou encore pour l'orientation de la procédure (article 7). Par ailleurs, le nouveau texte prévoit que l'OFPRA ne peut être saisi d'une demande d'asile « *que si celle-ci a été préalablement enregistrée par l'autorité administrative compétente et si l'attestation d'asile a été remise à l'intéressé* » (article L.741-2 nouveau du CESEDA).
18. Pour la CNCDH les nouvelles dispositions, qui maintiennent la dualité administration-OFPRA, ne seront pas de nature à remédier aux nombreuses difficultés pratiques d'accès au guichet préfectoral⁷⁰⁴. Dans ces conditions, elle renouvelle les recommandations faites antérieurement pour remédier aux dysfonctionnements persistants qui sont autant d'entraves à l'exercice du droit fondamental de demander asile. C'est pourquoi, l'ensemble des questions relatives à l'accès au territoire français des demandeurs d'asile et à la décision à prendre sur l'octroi d'une protection internationale devrait relever d'un seul organisme dont la forme juridique pourrait être celle d'une autorité administrative indépendante⁷⁰⁵. Il est essentiel que ces questions soient de la compétence d'une autorité qui n'est pas directement sous la tutelle de l'Exécutif. A ce propos, le projet de loi n'évoque que l'absence d'instruction du ministre de l'intérieur à l'office (article 5)⁷⁰⁶, précision surprenante dès lors que le pouvoir d'instruction va de pair avec le pouvoir hiérarchique. Pour la CNCDH, le nouveau texte devrait *a minima* affirmer directement le principe d'autonomie ou d'indépendance de l'OFPRA⁷⁰⁷. Enfin, s'il s'avérait que le législateur ne soit pas convaincu de la nécessité de la suppression du passage en préfecture, la CNCDH en recommanderait alors l'urgente simplification.
2° Prévoir l'enregistrement de la demande d'asile dans un délai de 3 jours
19. S'agissant des délais d'enregistrement de la demande, l'article 6.1 de la directive « Procédures » impose d'enregistrer la demande d'asile dans un délai de trois jours ouvrables après sa présentation. Pour la CNCDH, cette exigence est incompatible avec le

⁷⁰³ CNCDH 28 novembre 2013, Avis sur le régime d'asile européen commun, op. cit., § 16 et s.

⁷⁰⁴ A ce jour, l'accès au guichet préfectoral demeure bien souvent difficile et varie considérablement d'une préfecture à l'autre (voir CFDA, Droit d'asile en France..., op. cit., p. 26 et s. ; Alexis Spire, Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration, Raisons d'agir éditions 2008).

⁷⁰⁵ Voir CNCDH 6 juillet 2001, Avis sur l'asile en France, en ligne sur : www.cncdh.fr.

⁷⁰⁶ Article L. 721-2 alinéa 3 nouveau du CESEDA : « Dans l'exercice des missions mentionnées ci-dessus, l'office ne reçoit aucune instruction ».

⁷⁰⁷ Voir CE 30 juillet 2014, CIMADE, n° 375430, précisant que l'OFPRA est un établissement public qui n'est pas au nombre des services placés sous l'autorité du ministre de l'intérieur.

maintien d'un passage devant l'autorité administrative (article 12 du projet de loi). Celui-ci risque en effet d'être particulièrement chronophage, ainsi qu'en atteste l'extrême longueur des délais de délivrance par les préfectures des autorisations provisoires de séjour, alors même qu'un délai de 15 jours est fixé à l'article R.742-1 du CESEDA⁷⁰⁸. En outre, la CNCDH s'inquiète de la différence de traitement que la directive autorise entre les demandeurs d'asile en invitant simplement les Etats à « *veiller* » à ce que l'enregistrement ait lieu au plus tard 6 jours ouvrables après la présentation de la demande pour les personnes faisant l'objet d'une « procédure Dublin » et les demandeurs à la frontière.

20. L'article 12 du projet de loi confie l'enregistrement de la demande d'asile à l'autorité administrative, sans en fixer le délai. Au-delà des réserves déjà exprimées à l'égard du maintien de la dualité administration-OFPRA, la CNCDH recommande que les décrets d'application à venir imposent l'enregistrement de la demande d'asile dans un délai de trois jours.

3° Généraliser le droit pour les demandeurs d'asile de rester sur le territoire français jusqu'à l'issue de la procédure

21. Aux termes de l'article 9.1 de la directive « Procédures », « *les demandeurs sont autorisés à rester dans l'Etat membre, aux seules fins de la procédure, jusqu'à ce que l'autorité responsable de la détermination se soit prononcée* ». L'article 9.2 précise qu'il ne peut être dérogé à ce droit que dans deux hypothèses limitativement énumérées : celle d'une demande ultérieure visée à l'article 41⁷⁰⁹ ou celle d'une personne devant être livrée ou extradée.
22. A ce jour, le CESEDA distingue entre deux catégories de demandeurs d'asile : ceux qui sont admis au séjour et ceux qui ne le sont pas (articles L.741-1 et suivants du CESEDA). Le projet de loi met fin à cette distinction en abrogeant le régime de l'admission au séjour et en consacrant le principe d'un droit au maintien sur le territoire français jusqu'à décision définitive de l'OFPRA ou de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) au profit de tous les demandeurs d'asile, qu'ils soient placés en procédure normale, en procédure accélérée ou en procédure Dublin (voir les nouveaux articles L.743-1, L.743-3 et L.743-4 du CESEDA). Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que se réjouir de ce que tous les demandeurs d'asile, sans distinction, soient, en principe, autorisés à rester sur le territoire dans le délai fixé par la directive « Procédures » et jusqu'à l'issue de la procédure. Elle regrette cependant que le nouveau texte ne prévoie qu'un « droit au maintien » sur le territoire et non un droit au séjour provisoire emportant l'ouverture de droits sociaux (voir §§ 79 et s.). La CNCDH recommande en conséquence la consécration explicite d'un « droit au séjour provisoire ».

⁷⁰⁸ CFDA, *Droit d'asile en France...*, op. cit., p. 37 et s.

⁷⁰⁹ Article 41.1 de la directive « Procédures » : « *Les Etats membres peuvent déroger au droit de rester sur le territoire lorsqu'une personne :*

- *n'a introduit une première demande ultérieure (...) qu'afin de retarder ou d'empêcher l'exécution d'une décision qui entraînerait son éloignement imminent de l'Etat membre concerné ; ou*
- *présente une autre demande ultérieure de protection internationale dans le même Etat membre à la suite de l'adoption d'une décision finale déclarant une première demande ultérieure irrecevable (...) ou à la suite d'une décision finale rejetant cette demande comme infondée* ».

23. Aux termes de l'article 14 du projet de loi, il peut être dérogé au droit pour le demandeur d'asile de se maintenir en France dans les conditions définies par un nouvel article L.743-2 du CESEDA⁷¹⁰. A ce propos, la CNCDH regrette que toute décision d'irrecevabilité puisse justifier qu'il soit mis fin à ce droit, alors même que l'article 9.2 de la directive « Procédures » ne vise que le cas particulier des demandes ultérieures de l'article 41.1. Elle s'étonne également de la possibilité de dérogation en cas de décision de clôture, alors même que l'article 9.2 de la directive « Procédures » n'y fait aucunement référence. A ce propos, il doit être relevé que le nouvel article L.723-11 du CESEDA (article 7 du projet de loi)⁷¹¹ comprend des formulations larges laissant à l'OFPROA une grande marge d'appréciation pour fonder une clôture. Par ricochet, l'étendue et l'effectivité du droit au maintien sur le territoire seront, en pratique, réduites.
24. Au regard de ce qui précède, il est patent que les dérogations apportées par le projet de loi au droit de se maintenir sur le territoire sont plus étendues que celles définies dans la directive « Procédures », qui sont pourtant d'interprétation stricte. La CNCDH recommande en conséquence une modification du texte sur ce point dans le sens d'une parfaite conformité à l'article 9.2 de la directive « Procédures ».

C. REMEDIER AUX DIFFICULTES RELATIVES A L'ORIENTATION DE LA PROCEDURE

1° Garantir les droits des demandeurs en procédure Dublin

25. La CNCDH se félicite de voir le règlement Dublin III prévoir qu'en cas d'impossibilité d'assurer un transfert vers l'Etat responsable en raison de défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile, incluant des risques de traitements inhumains ou dégradants au titre de l'article 4 de la Charte des droits

⁷¹⁰ Article L.743-2 nouveau du CESEDA : « Par dérogation à l'article L.743-1, sous réserve du respect des stipulations de l'article 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales, le droit de se maintenir en France prend fin et l'attestation de demande d'asile peut être refusée, retirée ou son renouvellement refusé lorsque :

a) L'Office français de protection des réfugiés et apatrides a pris une décision d'irrecevabilité en application de l'article L.723-10 ;
 b) L'Office français de protection des réfugiés et apatrides a pris une décision de clôture en application de l'article L.723-11. L'étranger qui obtient la réouverture de son dossier en application de l'article L.723-11, bénéficie à nouveau du droit de se maintenir sur le territoire français ;
 c) L'étranger n'a introduit une première demande de réexamen, qui a fait l'objet par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'une décision d'irrecevabilité en application de l'article L.723-14, qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente ;
 d) L'étranger présente une autre demande de réexamen après le rejet définitif d'une première demande de réexamen ;
 e) L'étranger fait l'objet d'une extradition ou d'une procédure mentionnée au paragraphe 2 de l'article 9 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte) ».

⁷¹¹ Article L.723-11 nouveau du CESEDA : « L'office peut prendre une décision de clôture d'examen dans les cas suivants :

a) Le demandeur a informé l'office du retrait de sa demande d'asile ;
 b) Le demandeur, de manière délibérée et caractérisée, refuse de fournir des informations essentielles au traitement de sa demande, en particulier concernant son identité ;
 c) Le demandeur n'a pas introduit sa demande à l'office dans les délais impartis ou, sans justifier de raison valable, ne s'est pas présenté à l'entretien à l'office ;
 d) Le demandeur a fui ou quitté sans autorisation le lieu où il était hébergé en application de l'article L.744-3 ou astreint à résider, ou n'a pas respecté ses obligations de présentation et de communication aux autorités, sauf s'il a informé lesdites autorités dans un délai raisonnable ou justifie de motifs indépendants de sa volonté ».

fondamentaux, l'Etat membre doit rechercher si un autre Etat peut être identifié comme responsable de la demande d'asile. En dernier ressort, l'Etat membre procédant à la détermination de l'Etat responsable pourra devenir l'Etat membre responsable de la demande d'asile (article 3.2). Dans ce sens, l'article 13 du projet de loi prévoit qu'en cas de mise en œuvre de la procédure de détermination de l'Etat responsable de la demande d'asile, celle-ci ne fait pas obstacle « *au droit souverain de l'Etat d'accorder l'asile à toute personne dont l'examen de la demande relève de la responsabilité d'un autre Etat* » (article L.742-1 alinéa 2 nouveau du CESEDA). Ces nouvelles dispositions s'inspirent indéniablement des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme⁷¹² et de la Cour de justice de l'UE⁷¹³. Elles n'instaurent cependant pas d'obligation à la charge de l'Etat d'accueil ; leur mise en œuvre dépend donc de l'appréciation « souveraine » des Etats membres.

26. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande une application systématique par la France des clauses discrétionnaires de l'article 17 du règlement « Dublin III » en cas de risque manifeste d'atteinte aux droits de l'homme dans le pays de renvoi. Un échange entre les autorités françaises, le HCR ou toute autre organisation gouvernementale ou non, et le cas échéant le Bureau européen d'appui en matière d'asile, pouvant avoir connaissance de la situation dans ce pays, devrait permettre de statuer promptement. La CNCDH regrette que l'article 13 du projet de loi soit silencieux à ce sujet. La réforme du CESEDA devra intégrer ces questions.
27. Enfin, l'article 13 du projet de loi permet le placement en rétention des personnes faisant l'objet d'une décision de transfert vers l'Etat responsable de la demande d'asile (article L.551-1 nouveau du CESEDA), sans définir un quelconque motif de cette privation de liberté. Ces nouvelles dispositions ne sont assurément pas conformes au règlement « Dublin III » qui pose le principe selon lequel une personne ne peut être placée en rétention au seul motif qu'elle fait l'objet d'une procédure Dublin (article 28.1). Il convient néanmoins de rappeler que ce règlement autorise exceptionnellement la rétention en cas de « risque non négligeable de fuite », sur la base d'une évaluation individuelle et « dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées » (article 28.2). A cet égard, la CNCDH réitère ses réserves à l'égard de cette dérogation⁷¹⁴ en rappelant son opposition de principe au placement en rétention de demandeurs d'asile faisant l'objet d'une procédure Dublin.

2° Renforcer les garanties en cas de placement en procédure accélérée

28. A ce jour, ce sont les préfetures qui orientent les procédures d'asile vers la voie normale ou prioritaire. Davantage guidée par une logique de surveillance plutôt que de protection des demandeurs, elles font un usage excessif de la procédure prioritaire, sous le contrôle du ministère de l'intérieur. En 2013, ce sont 13254 personnes, soit 25,6 % des demandeurs d'asile, qui ont ainsi été placées en procédure accélérée aux motifs qu'elles étaient originaires d'un pays considéré comme sûr, que leur présence constituait une menace grave pour la sécurité nationale ou l'ordre public, ou bien que leur demande d'asile

⁷¹² Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*

⁷¹³ CJUE 21 décembre 2011, *N.S. & autres*, n° C-411/10.

⁷¹⁴ Voir CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*, *op. cit.*, § 71 et 72.

reposait sur une fraude ou constituait un recours abusif ou dilatoire aux procédures d'asile⁷¹⁵. Or, l'article 31-8 de la directive « Procédures » étend encore les possibilités de recours à cette procédure en définissant dix motifs de placement en procédure accélérée. Ceux-ci sont repris à l'article 7 du projet de loi qui prévoit d'intégrer dans le CESEDA un nouvel article L.723-2⁷¹⁶. La CNCDH s'inquiète de l'extension prévisible de la procédure accélérée, en raison des moindres garanties qui y perdurent, en particulier le traitement par un juge unique de la CNDA qui va conduire à écarter le HCR de l'instance juridictionnelle alors que sa présence constitue un élément fondateur du dispositif français d'asile.

a) *Entourer la décision de placement en procédure accélérée de davantage de garanties*

29. En vertu du nouvel article L.723-2 du CESEDA, l'application de la procédure accélérée intervient soit de plein droit, soit à l'initiative de l'autorité administrative, soit à l'initiative de l'OFPRA. Pourtant, l'article 4.1 de la directive « Procédures » exige de confier à la seule autorité responsable de la détermination, le soin de décider de l'orientation de la procédure⁷¹⁷. En conséquence, la CNCDH estime, afin de mieux se conformer aux exigences de la directive, que le placement en procédure accélérée ne doit pas être automatique comme cela est prévu au I. du nouvel article L.723-2 du CESEDA. Ainsi que le précise très justement le HCR, « *la décision de placement en procédure accélérée au regard des situations prévues par la loi (personnes en provenance d'un pays d'origine sûr et réexamens) implique d'une part, d'analyser, à certains égards, des éléments de fond de la demande d'asile et d'autre part, de prendre en compte des situations individuelles particulières susceptibles de conduire à écarter le circuit d'examen accéléré* »⁷¹⁸.

⁷¹⁵ Voir OFPRA, *Rapport d'activité 2013*, op. cit., p. 13

⁷¹⁶ Article L.723-2 nouveau du CESEDA : « I. - L'office statue en procédure accélérée lorsque :

1° Le demandeur provient d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr en application de l'article L. 722-1;

2° Le demandeur a présenté une demande de réexamen qui n'est pas irrecevable.

II. - L'office peut, de sa propre initiative, statuer en procédure accélérée lorsque :

1° Le demandeur a présenté de faux documents d'identité ou de voyage, fourni de fausses indications ou dissimulé des informations ou des documents concernant son identité, sa nationalité ou les modalités de son entrée en France afin d'induire en erreur les autorités ou a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ;

2° Le demandeur n'a soulevé à l'appui de sa demande que des questions sans pertinence au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions d'octroi de l'asile ;

3° Le demandeur a fait des déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles qui contredisent des informations vérifiées relatives au pays d'origine.

III. - L'office statue en procédure accélérée lorsque l'autorité administrative en charge de l'enregistrement de la demande d'asile constate que :

1° Le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales (...);

2° Le demandeur a présenté de faux documents d'identité ou de voyage, fourni de fausses indications ou dissimulé des informations ou des documents concernant son identité, sa nationalité ou les modalités de son entrée en France afin d'induire en erreur les autorités ou a présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ;

3° Sans raison valable, le demandeur qui est entré irrégulièrement en France ou s'y est maintenu irrégulièrement n'a pas présenté sa demande d'asile dans le délai de quatre-vingt-dix jours à compter de son entrée en France ;

4° Le demandeur ne présente une demande d'asile qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente ;

5° La présence en France du demandeur constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat ».

⁷¹⁷ Dans ce sens UNHCR, *Note sur le projet de loi relatif à la réforme de l'asile*, p. 5 et 6.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 6.

30. Pour les mêmes raisons, la CNCDH soutient que l'autorité préfectorale ne doit pas être habilitée à décider d'un placement en procédure accélérée, comme cela peut, le cas échéant, résulter de la rédaction ambiguë du III. du nouvel article L.723-2 du CESEDA. Deux lectures en sont possibles. Le nouveau texte peut, d'une part, être compris comme donnant compétence à l'OFPPRA pour décider du placement en procédure accélérée après constat de l'une des situations énumérées (cf. article L.723-2, III. 1° à 5°) par l'autorité administrative en charge de l'enregistrement de la demande. Il peut, d'autre part, être interprété comme n'habilitant que cette administration à rendre une telle décision, comme cela ressort du VI. du nouvel article L.723-2 qui évoque explicitement « *la décision de l'autorité administrative visée au III.* ». La CNCDH souhaite une clarification des nouvelles dispositions, en recommandant de donner cette compétence à la seule autorité chargée de la détermination. Elle tient néanmoins à saluer la compétence donnée à l'OFPPRA pour apprécier les motifs relatifs aux mérites intrinsèques d'une demande de protection internationale (article L.723-2 II. nouveau). Il en est notamment ainsi des « *déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles qui contredisent des informations vérifiées sur le pays d'origine* » ou des « *questions sans pertinence au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions d'octroi de l'asile* ». Pour la CNCDH, ces motifs doivent impérativement échapper à un examen par l'autorité préfectorale, dans la mesure où ils constituent une prédétermination de la qualité de réfugié.
31. Par ailleurs, le nouvel article L.723-2, V. du CESEDA prévoit la possibilité pour l'OFPPRA de déclasser, « *dans tous les cas* » la procédure accélérée en procédure normale, ce qui constitue une innovation dans la mesure où l'office peut réorienter une procédure à la suite d'une décision préfectorale d'accélération. Partant, le partage des compétences entre l'autorité administrative et l'OFPPRA ne se justifie pas, dès lors que ce dernier est habilité à réapprécier les motifs de placement en procédure accélérée relevant de la compétence des préfetures. Ce mécanisme est donc source de complexité et contraire aux exigences de l'article 4.1 de la directive « Procédures ». Dans ces conditions, la CNCDH recommande que la décision d'orientation de la procédure relève exclusivement de l'autorité chargée de la détermination.
32. Le nouvel article L.723-2 V. du CESEDA dispose que la décision de placement en procédure accélérée prise par l'autorité administrative ne peut faire l'objet d'un recours distinct du recours au fond formé à l'encontre de la décision de rejet de l'OFPPRA, ce qui correspond à l'état actuel de la jurisprudence européenne⁷¹⁹. En cas de placement injustifié en procédure accélérée, le Président de la CNDA ou celui de la formation de jugement peut tout au plus réorienter le dossier et décider qu'il soit statué en formation collégiale et non à juge unique (article L.731-2 alinéa 2 nouveau du CESEDA). En outre, il convient de relever qu'un nouvel article L.733-4 du CESEDA précise que la CNDA, qui statue normalement en plein contentieux, peut néanmoins annuler une décision de l'office et lui renvoyer l'examen de la demande dans deux hypothèses limitativement énumérées : l'absence d'examen particulier de la demande ou la dispense de procéder, en dehors des cas prévus par la loi, à un entretien. Le placement en procédure accélérée, qui ne figure

⁷¹⁹ CJUE 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, n° C-69/10.

pas parmi ces exceptions, est donc soustrait au contrôle de la légalité, alors même que cette décision a des conséquences sur la qualité de l'examen de la demande d'asile⁷²⁰. La CNCDH recommande en conséquence de modifier alinéa 2 de l'article L.733-4 du CESEDA en permettant à la CNDA d'annuler la décision de l'OFPRA et de lui renvoyer l'examen de la demande d'asile en cas de décision de placement en procédure accélérée affectée d'un vice de procédure.

b) Revoir les motifs de placement en procédure accélérée

33. Le motif tenant à la provenance du demandeur d'un pays d'origine sûr, qui constitue à ce jour en pratique le principal motif de placement en procédure prioritaire⁷²¹, est maintenu dans le projet de loi. En effet, l'article 6 modifie l'article L.722-1 du CESEDA qui renvoie à l'article 37 et l'annexe 1 de la directive « Procédures »⁷²², sans supprimer les listes nationales de pays d'origine sûrs. Celles-ci avaient pourtant fait l'objet de critiques nourries du HCR⁷²³. Au-delà de leur volatilité⁷²⁴, ces listes ne sont pas identiques dans tous les Etats membres⁷²⁵. Non dépourvue d'incidence sur le traitement de la demande, tant du point de vue procédural que du fond, leur utilisation peut aggraver l'inégalité de traitement qui frappe les demandeurs d'asile sollicitant une protection sur le territoire de l'UE en fonction de l'Etat responsable de l'examen de leur demande. Pour la CNCDH, la directive « Procédures » n'apporte pas de garanties pour désigner avec certitude les pays d'origine sûrs, comme d'ailleurs les « pays tiers sûrs » ou les « pays européens sûrs », et donner le minimum de cohérence attendue dans le cadre d'un régime d'asile européen. Le renoncement de l'UE à établir une liste européenne ne fait que confirmer l'absence de pertinence du motif relatif au pays d'origine sûr. La CNCDH se voit donc une nouvelle fois conduite à rappeler sa ferme opposition à cette notion.
34. Pour ce qui est du motif relatif à la présentation par le demandeur de faux documents d'identité, à la fourniture de fausses indications ou à la dissimulation d'informations ou de documents concernant son identité afin d'induire les autorités en erreur, il doit être rappelé que, pour solliciter et obtenir l'asile dans un pays, il faut pouvoir entrer

⁷²⁰ A titre d'exemple, en cas de procédure accélérée, le nouvel article L.723-7 du CESEDA écarte la discussion contradictoire sur la transcription de l'entretien avant la prise de décision.

⁷²¹ Voir OFPRA, *Rapport d'activité 2013*, op. cit., p. 13.

⁷²² Article L.722-1 alinéa 3 et s. du CESEDA : « Un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, il n'y est jamais recouru à la persécution ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et qu'il n'y a pas de menace en raison d'une violence aveugle dans des situations de conflit armé international ou interne.

Le conseil d'administration fixe la liste des pays considérés comme des pays d'origine sûrs dans les conditions prévues par l'article 37 et l'annexe I de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

Il veille à l'actualité et à la pertinence des inscriptions. Il radie de la liste les pays ne remplissant plus les critères mentionnés à l'alinéa précédent et peut, en cas d'évolution rapide et incertaine de la situation dans un pays, en suspendre l'inscription ».

⁷²³ Voir les observations provisoires du HCR sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004).

⁷²⁴ Neuf listes ont été successivement adoptées depuis leur institution en 2005. Elles ont fait l'objet de recours à six reprises et donné lieu cinq fois à annulation, en tout ou partie, par le Conseil d'Etat.

⁷²⁵ Jean-Yves Leconte et Christophe-André Frassa, *Rapport d'information n° 130 sur la procédure de demande d'asile, au nom de la commission des lois (...)*, Sénat 2012, p. 80.

« inopinément » sur son territoire⁷²⁶. L'article 31-1 de la Convention de Genève précise utilement que les Etats n'appliqueront pas à l'encontre des réfugiés de sanctions pénales du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier « *sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière* ». Dans ces conditions, dès lors qu'il ne peut en principe être reproché à un demandeur d'asile d'entrer irrégulièrement sur le territoire français, la CNCDH recommande qu'il soit au moins précisé dans le nouveau texte que le fait d'induire les autorités en erreur doit être intentionnel. En outre, du fait d'une double mention, l'appréciation du présent motif relève à la fois de la compétence de l'OFPRA et de celle de l'autorité préfectorale (cf. article L.723-2, II. 1° et III. 2°). Il y a donc lieu de craindre que rien ne change en pratique par rapport à la situation actuelle...

35. Pour les mêmes raisons, la CNCDH est extrêmement réservée à l'égard du placement en procédure accélérée du demandeur d'asile qui, sans raison valable, est entré irrégulièrement en France ou s'y est maintenu irrégulièrement, sans présenter sa demande d'asile dans un délai de 90 jours à compter de la date de son entrée en France (article L.723-2 III., 3° nouveau du CESEDA). Etant donné les difficultés de preuve de cette dernière date et du fait qu'un dépôt tardif de la demande peut résulter d'une multitude de facteurs indépendants de la volonté de l'intéressé⁷²⁷, il y a lieu de penser que ce nouveau texte vise avant tout les demandeurs d'asile titulaires d'un visa « court séjour ». La CNCDH craint fortement que la mise en œuvre de ces dispositions n'aboutisse en pratique à une augmentation des entrées irrégulières sur le territoire français et voit à cet endroit une confusion fâcheuse entre les logiques d'asile et d'immigration. Il en est à plus forte raison de même du motif visant la personne présentant une demande d'asile en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente (article L.723-2 III. 4° nouveau du CESEDA). En conséquence, la CNCDH recommande la suppression de ces dispositions.
36. Au surplus, le placement en procédure accélérée peut être décidé dans le cas où l'intéressé refuse une prise d'empreintes (article L.723-2 III., 1° nouveau du CESEDA). Pour la CNCDH, ce motif n'est pas pertinent, dès lors qu'il est sans lien avec le fond de la demande d'asile. C'est pourquoi elle en recommande également la suppression.
37. Enfin, plusieurs motifs d'application de la procédure accélérée sont définis de manière vague et laissent ainsi aux autorités une marge d'appréciation très étendue. C'est notamment le cas du demandeur qui « *constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat* ». Il en est de même de l'appréciation des « *questions sans pertinence au regard de l'examen visant à déterminer s'il remplit les conditions d'octroi de l'asile* » ou du demandeur faisant « *des déclarations manifestement incohérentes et contradictoires, manifestement fausses ou peu plausibles* » ou encore de celui qui « *sans raison valable* » est entré irrégulièrement en France ou s'y est maintenu irrégulièrement sans présenter sa demande d'asile dans un délai de 90 jours à compter de son entrée en France. La CNCDH craint fortement que ce type de dispositions ne permette un recours quasi-systématique à la procédure accélérée, alors que celui-ci devrait

⁷²⁶ Jean-Michel Belorgey, *Le droit d'asile*, LGDJ 2013, p. 83.

⁷²⁷ De manière non exhaustive : la méconnaissance du système français de l'asile, l'absence de maîtrise de la langue française, l'isolement dès l'entrée sur le territoire français, les difficultés d'ordre médical, la fragilité psychologique.

impérativement demeurer exceptionnel et non, en pratique, devenir la « procédure de droit commun ». Elle recommande en conséquence de resserrer la définition des motifs. A titre d'exemple, il devrait être précisé que la menace à l'ordre public soit « actuelle et caractérisée »⁷²⁸.

I. LE DROIT AU TRAITEMENT EQUITABLE DE LA DEMANDE D'ASILE

A. GARANTIR UNE AIDE LORS DU DEPOT DE LA DEMANDE D'ASILE

38. La directive « Procédures » fait obligation aux Etats d'informer les demandeurs d'asile dans une langue qu'ils comprennent ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent, de la procédure à suivre et des droits et obligations au cours de la procédure, de leur communiquer ces informations « à temps » pour leur permettre d'exercer les droits garantis par la directive et de bénéficier d'un interprète de manière à pouvoir soumettre leurs arguments aux autorités en charge de l'examen de leur demande (article 12.1 a. et b.).
39. Pour la CNCDH, Il importe donc que ces garanties soient effectivement mises en œuvre dans l'actuelle réforme du CESEDA et ce, pour toutes les demandes d'asile, qu'elles soient déposées sur le territoire, à la frontière ou en rétention. Elle déplore que le projet de loi soit silencieux à ce propos. Pourtant, le renseignement en français d'un formulaire et la rédaction, en français également, de l'exposé des motifs d'une demande d'asile constituent sans nul doute un obstacle pour les personnes qui ne sont pas francophones ou pour celles qui l'étant ne sont pas en mesure de formuler par écrit ce qui est demandé. Au-delà de la transcription des informations, c'est bien la question de la compréhension de la logique de la procédure d'asile qui se pose, en l'absence de remise systématique d'un *Guide du demandeur d'asile* aux intéressés⁷²⁹, alors même que la délivrance d'un tel document est exigée par l'article R.741-2 du CESEDA. A ce stade, la préparation de la demande d'asile joue un rôle important, et parfois déterminant, sur l'issue de la procédure. Dans cette perspective, les conditions doivent être réunies pour que, lors du dépôt d'une demande d'asile, l'intéressé puisse bénéficier d'une information et d'une aide effective afin de bien saisir tous les enjeux de la procédure d'asile et du système juridique sur lequel elle repose.
40. Par ailleurs, ce sont à ce jour les plateformes d'accueil pour demandeurs d'asile (PADA) qui ont pour mission d'apporter leur aide aux demandeurs d'asile devant saisir l'OFPRA⁷³⁰. Or, elles ne peuvent pas toujours mener à bien cette mission, en raison de contraintes budgétaires et d'une surcharge d'activité liée à l'accroissement de la demande d'asile depuis 2008⁷³¹. Ce sont donc trop souvent les organisations non gouvernementales qui sont

⁷²⁸ La jurisprudence administrative exige une menace « actuelle » à l'ordre public en matière de contentieux relatif aux refus de titres de séjour (voir par exemple CAA Versailles 8 octobre 2009, *Holody*, n° 08VE03868). Le droit dérivé de l'UE insiste également sur le caractère actuel de la menace à l'ordre public en cas de mesure d'éloignement (voir les articles 27 et suivants de la directive n° 2004/38/CE du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 *relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*).

⁷²⁹ CFDA, *Droit d'asile en France...*, *op. cit.*, p. 30 et 31.

⁷³⁰ Les PADA gérées par l'OFII ne prennent pas en charge les personnes placées en « procédure Dublin » et les demandeurs en procédure prioritaire, car ils ne sont pas éligibles aux CADA.

⁷³¹ CFDA, *Droit d'asile en France...*, *op. cit.*, p. 14 et s.

sollicitées pour assurer l'aide à la rédaction des demandes d'asile et qui sont elles-mêmes débordées⁷³². Cet état de fait conduit à ce que seul un faible pourcentage de personnes a réellement accès à une aide de qualité lors du dépôt de leur demande d'asile. Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que rappeler la nécessité pour l'Etat de prévoir des financements suffisants, notamment au profit des associations et des interprètes, pour rendre pleinement effectif le droit à l'information des demandeurs d'asile.

B. AMELIORER L'EXAMEN DE LA DEMANDE D'ASILE

1° Entourer l'examen des demandes d'asile à la frontière de davantage de garanties

41. Un récent rapport de l'Anafé dépeint le « dédale de l'asile à la frontière » en dénonçant les lacunes et défaillances de cette procédure⁷³³. Il est donc aujourd'hui plus que nécessaire d'améliorer le dispositif, d'autant que la situation des demandeurs d'asile en zone d'attente est extrêmement préoccupante : « *Les étrangers placés en zone d'attente (...) sont souvent non francophones. La plupart de ceux que rencontre l'Anafé sont perdus : ils ignorent souvent pourquoi ils se retrouvent privés de liberté et ce qui va leur advenir faute d'informations adéquates sur la procédure qui leur est appliquée. Enfermées dans des lieux clos, parfois une cellule obscure en sous-sol, dans des conditions quasi carcérales sous la garde de la police et de caméras de surveillance, ces personnes sont épuisées, effrayées et démunies. Certaines sont déprimées, d'autres en colère de se retrouver dans une telle situation. Elles connaissent l'angoisse et l'incertitude, notamment lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables (mineurs, demandeurs d'asile, victimes de violence, personnes malades)* »⁷³⁴. L'article 8 du projet de loi propose d'améliorer la procédure d'asile à la frontière. A cet égard la CNCDH souhaite formuler plusieurs observations.
42. En premier lieu, la procédure d'admission sur le territoire au titre de l'asile relève du ministre de l'intérieur compétent pour décider de l'entrée et du séjour des étrangers en France. Toutefois, l'examen des demandes d'asile étant de la compétence exclusive de l'OFPRA, le législateur a prévu son intervention à titre consultatif. L'article 8 du projet de loi introduit dans le CESEDA une innovation positive en exigeant que le ministre se conforme à cet avis⁷³⁵. D'une part, il ne faut pas surestimer la compétence liée du ministre, car telle est déjà la pratique existante. D'autre part, cette procédure ne concerne qu'un nombre infime de personnes. Il ressort en effet de l'étude d'impact que seules 1346 personnes ont demandé l'asile à la frontière en 2013 et que ce nombre diminue sensiblement depuis plusieurs années⁷³⁶. Par ailleurs, une exception est prévue : lorsque l'accès au territoire de l'intéressé constitue une menace pour l'ordre public, l'avis de l'OFPRA ne lie pas le ministre. Pourtant, la directive « Qualification » rappelle en son article 21 le principe de non-refoulement des demandeurs d'asile et des réfugiés, principe qui s'impose aux Etats « en vertu de leurs obligations internationales » et auquel il ne peut être porté atteinte que si le refoulement n'est pas interdit en vertu de ces obligations et

⁷³² *Ibid.*, p. 16 et 17.

⁷³³ Anafé, *Le dédale de l'asile à la frontière. Comment la France ferme ses portes aux exilés. Rapport d'observations*, décembre 2013.

⁷³⁴ Brigitte Espuche, déléguée générale de l'Anafé, *Pour aller plus vite, on expédie ?*, Courrier de l'ACAT 2014 (326), p. 49.

⁷³⁵ Article L.213-8 alinéa 7 nouveau du CESEDA : « *Sauf si l'accès au territoire français de l'étranger constituerait une menace pour l'ordre public, l'avis de l'office, s'il est favorable à l'entrée en France de l'intéressé au titre de l'asile, lie le ministre chargé de l'immigration* ».

⁷³⁶ *Etude d'impact*, op. cit. annexe n° 4.

qu'il y a alors « des raisons sérieuses de considérer » l'intéressé comme une « menace pour la sécurité de l'Etat » ou, mais encore faut-il qu'il ait fait l'objet d'une condamnation définitive pour un « crime particulièrement grave » comme une « menace pour la société de l'Etat membre ». Pour la CNCDH, le projet de loi, qui permet au ministre de refuser l'accès au territoire pour simple menace à l'ordre public, n'est pas conforme à cette directive.

43. En deuxième lieu, le projet de loi traite de la pratique importante du filtre à la frontière en amont de la demande d'asile sur le territoire : la procédure d'examen par l'OFPRA du caractère « *manifestement infondé* » de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile⁷³⁷. L'article 8 prévoit d'intégrer dans le CESEDA une définition de cette notion ainsi formulée : « *Constitue une demande d'asile manifestement infondée une demande qui, au regard des déclarations faites par l'étranger et des documents le cas échéant produits, notamment du fait de leur caractère incohérent, contradictoire, faux ou peu plausible, est manifestement dénuée de pertinence au regard des conditions d'octroi de l'asile ou manifestement dépourvue de toute crédibilité en ce qui concerne le risque de persécutions ou d'atteintes graves* » (article L.213-8-1 alinéa 4 nouveau du CESEDA)⁷³⁸. La CNCDH regrette que cette définition, qui se rattache en partie aux critères prévus pour la reconnaissance d'une protection internationale, puisse conduire à une appréciation au fond de la demande d'asile, en raison de l'emploi de l'adverbe « notamment ». Or, la procédure de recevabilité des demandes à la frontière va, à ce jour, déjà bien au-delà de l'évaluation du simple caractère « manifestement infondé » de la demande ; elle implique un véritable pré-examen au fond réalisé dans des conditions qui ne respectent pas les garanties minimales attachées à la procédure normale d'examen d'une demande de protection, du fait notamment de la brièveté des délais⁷³⁹. Il peut ainsi arriver qu'un étranger dont la demande a été déclarée « manifestement infondée » à la frontière se voie ultérieurement reconnaître la qualité de réfugié sur le territoire par l'OFPRA ou la CNDA⁷⁴⁰. Il est à craindre que la rédaction adoptée dans le projet de loi ne mette pas fin, en pratique, à ce risque sérieux d'erreur d'appréciation. La CNCDH ne peut donc que réitérer sa recommandation aux termes de laquelle l'appréciation de la recevabilité des demandes à la frontière ne doit pas excéder l'évaluation du simple caractère « manifestement infondé » de la demande et ne peut en aucun cas relever d'un examen au fond des craintes de persécution invoquées par l'intéressé⁷⁴¹.

⁷³⁷ Article L. 213-8-1 nouveau du CESEDA : « *Une décision de refuser l'entrée en France à un étranger qui se présente à la frontière et demande à bénéficier du droit d'asile, ne peut être prise par le ministre chargé de l'immigration que si (...) 3° Sa demande d'asile est manifestement infondée (...)* ».

⁷³⁸ Ces nouvelles dispositions reprennent la jurisprudence du Conseil d'Etat (voir CE 28 novembre 2011, n° 343248).

⁷³⁹ CNCDH, *Etude sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France*, La Documentation Française 2006 ; CNCDH 20 septembre 2007, *Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, en ligne sur : www.cncdh.fr

⁷⁴⁰ *Ibid.*

⁷⁴¹ Dans le même sens, voir Jean-Marie Delarue, *Conclusions sous CE 18 septembre 1996, Rogers*, n° 160856, qui a énuméré les caractéristiques de l'examen dont « *l'importance des déclarations de l'intéressé, non pour vérifier leur véracité ou leur précision mais pour relever leur « incréibilité » manifeste (erreurs, appréciations ou des relations de circonstances par le demandeur d'une évidence telle qu'elles ne laissent la place, ni à aucune interprétation personnelle, pas plus qu'à une hésitation du raisonnement pour établir que la demande est manifestement infondée)* ».

44. En troisième lieu, l'article 8 du projet de loi permet de déterminer à la frontière l'Etat responsable de la demande d'asile en vertu du chapitre III. du règlement Dublin III⁷⁴². Au-delà de ce qui a déjà été recommandé plus haut (§ 25 et s.) dans le sens d'un renforcement des garanties au profit des personnes placées en procédure Dublin, la CNCDH s'étonne que le projet de loi soit totalement silencieux sur l'articulation des modalités du transfert vers l'Etat membre compétent pour traiter de la demande d'asile avec la durée légale du maintien en zone d'attente. La CNCDH recommande une amélioration du texte sur ce point.
45. En quatrième lieu, l'article 8 du projet de loi élargit les motifs de refus d'entrée en donnant compétence au ministre chargé de l'immigration de refuser l'entrée en France si la demande d'asile est irrecevable (article L.213-8-1 alinéa 4 nouveau du CESEDA). La CNCDH s'étonne d'une telle possibilité qui révèle une confusion entre les demandes d'asile à la frontière et celles présentées sur le territoire. Elle recommande en conséquence une clarification du texte.
46. En cinquième et dernier lieu, la CNCDH regrette le silence du projet de loi sur la présence en zone d'attente du secteur associatif et du barreau, qui constituent pour les demandeurs d'asile, une garantie essentielle par l'information, l'aide et l'assistance effectives qu'ils leur apportent. Elle recommande donc à l'Etat l'organisation d'une permanence d'information et d'une permanence d'avocat au titre de l'aide juridictionnelle. Des financements suffisants devront être prévus.

2° Renforcer la qualité des auditions

47. L'article 14 de la directive « Procédures » consacre le principe d'un entretien individuel au cours de la procédure consécutive au dépôt de la demande d'asile. Les motifs de dérogation à la conduite d'une audition personnelle sont limités ; seuls sont maintenus les cas de décisions positives manifestes et les raisons liées à la santé du demandeur (article 14.2). L'article 7 du projet de loi reprend intégralement ces dispositions (voir le nouvel article L.723-6 alinéas 1 à 3 du CESEDA)⁷⁴³. A ce propos, il convient de rappeler que le juge administratif fait de cet entretien une garantie de la procédure d'asile, dont la violation « *eu égard à son caractère essentiel et à sa portée* » entache d'illégalité la décision de l'OFPRA. L'article 10 du projet de loi consacre cette jurisprudence en prévoyant que la CNDA peut annuler une décision du directeur général de l'OFPRA et lui renvoyer l'examen de la demande d'asile « *lorsqu'elle juge que l'office a pris cette décision (...) en se dispensant, en dehors des cas prévus par la loi d'un entretien personnel avec le*

⁷⁴² Article L. 213-8-1 nouveau du CESEDA : « Une décision de refuser l'entrée en France à un étranger qui se présente à la frontière et demande à bénéficier du droit d'asile, ne peut être prise par le ministre chargé de l'immigration que si :

1° L'examen de sa demande d'asile relève de la compétence d'un autre Etat en application du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (...) ».

⁷⁴³ Article L.723-6 nouveau du CESEDA : « L'office convoque le demandeur à un entretien personnel. Il peut s'en dispenser s'il apparaît que :

a) L'office s'apprête à prendre une décision reconnaissant la qualité de réfugié à partir des éléments en sa possession ;
 b) Des raisons médicales, durables et indépendantes de la volonté de l'intéressé, interdisent de procéder à l'entretien. »

demandeur et qu'elle n'est pas en mesure de prendre immédiatement une décision positive sur la demande dont elle est saisie ».

48. L'article 7 du projet de loi prévoit que le demandeur « *est entendu dans une langue de son choix, sauf s'il existe une autre langue qu'il comprend et dans laquelle il est à même de communiquer clairement* » (nouvel article L.723-6 alinéa 4 du CESEDA). De manière à assurer la pleine effectivité de l'entretien, la CNCDH recommande soit de supprimer la seconde partie de cette phrase, soit de remplacer « *clairement* » par « *couramment* ». De plus, si le requérant en fait la demande, les auditions doivent, dans la mesure du possible, être menées par un agent du même sexe et avec l'aide d'un interprète du même sexe (article 15.3.b et c de la directive « Procédures »). Cette possibilité est certes déjà offerte en pratique aux personnes déposant leur demande d'asile en France, mais la CNCDH estime néanmoins qu'il est nécessaire de la consacrer dans le CESEDA en prévoyant que les intéressés en soient dûment informés. Par voie de conséquence, la rédaction de l'alinéa 8 du nouvel article L.723-6 du CESEDA, qui prévoit que « *les modalités d'organisation de l'entretien sont définies par le directeur général de l'OFPRA* », n'est pas satisfaisante.
49. Par ailleurs, aux termes de l'article 16 de la directive « Procédures », le demandeur doit avoir, lors de l'entretien sur le fond, « *la possibilité concrète* » de présenter les éléments nécessaires pour étayer sa demande « *de manière aussi complète que possible* », ce qui inclut la possibilité d'expliquer des éléments qui pourraient manquer et/ou toute incohérence ou contradiction dans les déclarations. Ces dispositions devraient permettre de renforcer la qualité des auditions et donc des décisions. Elles introduisent l'idée que l'audition doit être un échange constructif entre le demandeur d'asile, dont le rôle est central, et la personne en charge de l'examen de sa situation. A cet égard, la CNCDH recommande aux praticiens d'interpréter le nouvel alinéa 4 de l'article L.723-6 du CESEDA⁷⁴⁴ dans ce sens. Elle rappelle en outre que la préparation à l'entretien fait partie intégrante de l'accompagnement des demandeurs d'asile et doit, à ce titre, être inscrite dans le cahier des charges des plateformes d'accueil⁷⁴⁵. Elle recommande enfin que soit engagée une réflexion sur la mise en œuvre des méthodes d'entretien privilégiant notamment les questions ouvertes⁷⁴⁶.

3° Renforcer la qualité du compte rendu d'audition

50. Le compte rendu d'entretien constitue une pièce maîtresse du dossier, dès lors que l'audition fonde dans une large mesure la décision prise par l'OFPRA⁷⁴⁷. A cet égard, la directive « Procédures » introduit un certain nombre de garanties. Pour chaque audition, les Etats doivent établir un rapport « *détaillé et factuel* » ou une retranscription (article 17.1) ou bien prévoir un enregistrement audio voire audio-visuel (article 17.2). Avant qu'une décision ne soit prise, le demandeur doit avoir la possibilité de faire des commentaires et/ou d'apporter des précisions, oralement et/ou par écrit, concernant toute erreur de traduction ou tout malentendu dans le rapport ou la retranscription ; il doit ensuite confirmer que le contenu du rapport ou de la retranscription reflète

⁷⁴⁴ « *Le demandeur se présente à l'entretien et répond personnellement aux questions qui lui sont posées par l'agent de l'office* ».

⁷⁴⁵ Voir CFDA, *Droit d'asile en France...*, op. cit., p. 71 et s., qui évoque qu'à ce jour le cahier des charges de l'OFII exclut la préparation à l'entretien.

⁷⁴⁶ Dans ce sens Jean-Yves Leconte et Christophe-André Frassa, *Rapport d'information n° 130*, op. cit., p. 62.

⁷⁴⁷ Voir CNCDH, *Etude sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France*, op. cit., p. 123.

correctement l'audition (article 17.3)⁷⁴⁸. Il est à noter que si un refus de confirmation ne fait pas obstacle à la prise de décision, les motifs de ce refus doivent être inscrits dans le dossier du demandeur. Par ailleurs, le demandeur et son conseil juridique doivent avoir accès, avant la prise de décision, au rapport, à la retranscription ou à l'enregistrement (article 17.5), ainsi qu'aux informations⁷⁴⁹ sur lesquelles s'est fondé l'agent en charge de l'examen de la demande.

51. L'article 7 du projet de loi prévoit d'intégrer un nouvel article 723-7 qui dispose : « *Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'entretien personnel mené avec le demandeur fait l'objet d'une transcription versée au dossier de l'intéressé. La transcription est communiquée à leur demande à l'intéressé ou à son avocat ou au représentant de l'association avant qu'une décision soit prise sur la demande. Dans le cas où il est fait application de l'article L. 723-2 (procédure accélérée), cette communication peut être faite lors de la notification de la décision* ». Pour la CNCDH, le principe du contradictoire exige que la discussion sur la transcription de l'entretien et sa communication aient systématiquement lieu avant la prise de décision et ce, que la procédure soit normale ou accélérée. Elle recommande donc une modification du nouvel article L.723-7 du CESEDA. En outre, elle souhaite que l'intégralité des garanties énumérées à l'article 17 de la directive « Procédures » soit introduite dans le CESEDA à l'occasion de l'élaboration des décrets d'application.

4° Garantir la présence d'un conseil lors de l'entretien

52. A ce jour, le CESEDA ne prévoit pas la présence d'un conseil lors de l'audition menée par l'agent de l'OFPRA. La directive « Procédures » va entraîner un réel bouleversement des pratiques en prévoyant que les Etats sont tenus d'autoriser un demandeur à se présenter à l'entretien personnel accompagné d'un conseil juridique ou d'un autre conseiller (article 23.3). Ils peuvent toutefois choisir de limiter l'intervention de ce dernier « à la fin de l'entretien » (alinéa 3). L'article 7 du projet de loi intègre dans le CESEDA un nouvel article L.723-6 alinéa 5 ainsi rédigé : « *Le demandeur peut se présenter à l'entretien accompagné d'un avocat ou d'un représentant d'une association de défense des droits des étrangers ou des demandeurs d'asile. Au cours de l'entretien l'avocat ou le représentant de l'association peut prendre des notes. A la fin de l'entretien, l'avocat ou le représentant de l'association peut, à sa demande, formuler des observations* ».

53. La CNCDH regrette le choix d'une transposition *a minima* des dispositions de la directive « Procédures » rappelées plus haut. Elle entend rappeler que la présence d'un conseil garantit un déroulement contradictoire et transparent de l'entretien individuel dont la qualité ne pourra qu'en être améliorée. La CNCDH recommande en conséquence que :

- le demandeur soit informé avant l'entretien de la possibilité d'être assisté par un conseil ;

⁷⁴⁸ En cas d'enregistrement audio, aucune confirmation n'est demandée.

⁷⁴⁹ Ces informations peuvent être des informations précises et actualisées obtenues auprès de différentes sources, telles que le BEAA et le HCR ainsi que les organisations internationales compétentes en matière de droits de l'homme, sur la situation générale existant dans les pays d'origine des demandeurs et, le cas échéant, dans les pays par lesquels les demandeurs ont transité ou des informations reçues suites à des demandes de conseil adressées à des experts, le cas échéant, sur des matières particulières comme les questions médicales, culturelles, religieuses, ou celles liées aux enfants ou au genre.

- le demandeur puisse se présenter à l'entretien accompagné d'un avocat ou d'un représentant d'une association de défense des droits des étrangers ou des demandeurs d'asile, étant précisé que l'effectivité de cette garantie dépendra des moyens consacrés à cette assistance ;
- le conseil puisse jouer un rôle actif au cours de l'entretien et non uniquement à la fin de celui-ci.

5° Réduire la durée de la procédure

54. L'article 31.2 de la directive « Procédures » consacre le principe du délai raisonnable de la procédure d'asile en posant que les Etats membres veillent à ce que la procédure d'examen soit menée à terme dans les meilleurs délais, sans préjudice d'un examen approprié et exhaustif. Aux termes de l'article 31.3, les Etats membres veillent à ce que l'examen de la demande d'asile soit mené à terme dans les six mois à compter de l'introduction de la demande. Ils ont cependant la possibilité de prolonger ce délai jusqu'à 18 mois (article 31.5)⁷⁵⁰, voire 21 mois en cas de gel de la procédure (article 31.4). A cet égard, la CNCDH s'étonne de la possibilité offerte aux Etats de geler le traitement des demandes au vu « d'une situation incertaine dans le pays d'origine qui devrait être temporaire » (article 31.4 directive « Procédures »). Outre le caractère vague et précisément incertain du critère d'un tel gel, de la durée potentielle de celui-ci (jusqu'à 21 mois à partir de l'introduction de la demande), il n'est assorti d'aucune autre garantie pour le demandeur que celle d'une « *information, dans un délai raisonnable, des raisons du report* ». Si la CNCDH peut comprendre les difficultés du traitement de demandes d'asile en cas d'afflux massif, elle ne peut en revanche que s'étonner du silence gardé par le projet de loi sur la procédure de protection temporaire instituée par l'UE pour répondre à la tension liée à la situation dans certains pays sans différer alors l'octroi d'une protection⁷⁵¹.
55. Le nombre et l'imprécision de ces dérogations laissent aux Etats membres une grande marge d'interprétation et de gestion des délais de procédure. La CNCDH entend rappeler que les délais mentionnés dans la directive visent des durées maximales et que la procédure d'asile devant l'OFPPRA doit être impérativement encadrée dans un délai de 6 mois⁷⁵². Elle recommande en conséquence la consécration de ce principe dans le CESEDA.
56. Par ailleurs, l'article 10 du projet de loi prévoit d'intégrer dans le CESEDA un nouvel article L.731-2 fixant des délais d'examen des recours par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)⁷⁵³, étant rappelé qu'à ce jour, le délai moyen de la procédure devant cette

⁷⁵⁰ Le délai de 6 mois peut être prolongé de neuf mois supplémentaires en cas de questions factuelles et/ou juridiques complexes ou du fait qu'un grand nombre de ressortissants de pays tiers demandent simultanément une protection internationale (article 31.3). Par ailleurs, les Etats peuvent « *exceptionnellement* », « *dans des circonstances dûment justifiées* », dépasser de trois mois au maximum les délais prescrits « *lorsque cela est nécessaire pour assurer un examen approprié et exhaustif* » de la demande, soit 18 mois au total.

⁷⁵¹ Directive n° 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 *relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil*.

⁷⁵² Dans ce sens Jean-Yves Leconte et Christophe-André Frassa, *Rapport d'information n° 130, op.cit.*, p. 58.

⁷⁵³ Article L.731-2 nouveau du CESEDA : « *La Cour nationale du droit d'asile statue, dans un délai de cinq mois à compter de sa saisine, sur les recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, prises en application des articles L. 711-1 à L. 711-4, L. 712-1 à L. 712-3, L. 713-1 à L.*

juridiction est de 9 mois environ⁷⁵⁴. En vertu des nouvelles dispositions, la CNDA statue en formation collégiale dans le délai de droit commun de 5 mois. Toutefois, en cas de décision d'irrecevabilité ou de rejet prise dans le cadre d'une procédure accélérée, elle statue à juge unique dans un délai de 5 semaines. Si les mesures d'amélioration de la qualité de la procédure conduite devant l'OFPRA recommandées par la CNCDH devaient être rapidement mises en œuvre, la phase contentieuse serait inévitablement moins fréquente⁷⁵⁵. Dans ces conditions, la CNCDH estime que l'efficacité pratique de la réduction des délais prévue au nouvel article L.731-2 du CESEDA dépendra de la qualité de la procédure menée devant l'OFPRA.

57. De plus, la réduction des délais de procédure ne saurait dispenser du respect des garanties procédurales devant la CNDA⁷⁵⁶. A cet égard, la CNCDH déplore l'extension dans le projet de loi des procédures à juge unique un peu plus d'un an après une réforme du code de justice administrative qui en a fait autant en matière de contentieux portant sur les droits sociaux⁷⁵⁷. Elle y voit l'émergence insidieuse d'une « justice administrative à deux vitesses » et se doit de rappeler qu'il ne peut être toléré que les pauvres ou les personnes « particulièrement défavorisées et vulnérables » que sont les demandeurs d'asile⁷⁵⁸, bénéficient de garanties procédurales au rabais. Le traitement par un juge unique de la CNDA va également conduire à écarter le HCR de l'instance juridictionnelle alors que sa présence constitue un élément fondateur du dispositif français d'asile. Marquant son profond attachement au principe de collégialité, la CNCDH recommande en conséquence une modification du nouvel article L.731-2 du CESEDA. Enfin, le libre choix d'un défenseur doit être garanti, y compris au titre de l'aide juridictionnelle. Un temps suffisant pour la préparation de la défense doit être assuré, conformément aux exigences des articles 13 de la CESDH et 21 de la directive « Procédures ».

6° Garantir au demandeur d'asile le droit au bénéfice du doute

713-4, L. 723-1 à L. 723-14. A peine d'irrecevabilité, ces recours doivent être exercés dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de l'office.

Toutefois, sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 733-2, lorsque la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides a été prise en application des articles L. 723-2 ou L. 723-10, le président de la Cour nationale du droit d'asile ou le président de la formation de jugement qu'il désigne à cette fin, après avoir vérifié, le cas échéant d'office, à toute étape de la procédure, que la demande relève de l'un des cas prévus par ces deux articles, statue dans un délai de cinq semaines à compter de sa saisine. Si le président de la Cour nationale du droit d'asile ou le président de la formation de jugement désigné à cette fin estime que la demande ne relève pas de l'un de ces cas, la Cour nationale du droit d'asile statue, en formation collégiale, dans les conditions prévues au 1er alinéa.

Le bénéfice de l'aide juridictionnelle peut être demandé dans le délai de recours contentieux et au plus tard lors de l'introduction du recours. Son bénéfice est de plein droit ».

⁷⁵⁴ Le délai constaté est de 8 mois et 26 jours, alors que le délai prévisible est de 6 mois et 24 jours.

⁷⁵⁵ Voir Pierre Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, op. cit., p. 86 et s., qui propose d'améliorer les pratiques administratives pour faire une économie de contentieux en matière de droit des étrangers.

⁷⁵⁶ La France a fait l'objet d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour n'avoir pas permis à un demandeur d'asile, placé en procédure prioritaire et retenu, de faire valoir le bien-fondé de ses griefs du fait notamment du « traitement extrêmement rapide, voire sommaire de sa demande par l'OFPRA » et du « caractère extrêmement bref du délai de quarante-huit heures » qui lui a été imparti pour préparer son recours. Pour la Cour, la procédure prioritaire violait l'article 13 combiné à l'article 3, dès lors qu'en pratique le requérant n'avait pas disposé de recours effectifs lui permettant de faire valoir le bien-fondé du grief de l'article 3 alors que son éloignement vers le Soudan était en cours (Cour EDH 2 février 2012, *I.M. c. France*, req. n° 9152/09).

⁷⁵⁷ Voir Décret n° 2013-730 du 13 août 2013 portant modification du code de justice administrative, *JORF* du 15 août 2013, p. 13960.

⁷⁵⁸ Cour EDH 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, op. cit., § 251.

58. La doctrine la plus autorisée souligne que le contentieux du droit d'asile n'est pas un contentieux de type pénal, ni même un contentieux de la preuve, mais un contentieux de l'accréditation d'une situation⁷⁵⁹. En effet, la Convention de Genève ne comporte aucune disposition relative à la procédure de détermination de la qualité de réfugié et à la preuve de la crainte de persécution invoquée⁷⁶⁰. Une telle preuve s'avère au demeurant quasiment impossible à rapporter, comme le précise très justement le HCR dans son *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* : « Il est possible qu'après que le demandeur se sera efforcé d'établir l'exactitude des faits qu'il rapporte, certaines de ses affirmations ne soient cependant pas prouvées à l'évidence (...) Un réfugié peut difficilement prouver tous les éléments de son cas et si c'était là une condition absolue, la plupart des réfugiés ne seraient pas reconnus comme tels. Il est donc nécessaire de donner au demandeur le bénéfice du doute »⁷⁶¹. Ainsi, les agents de l'OFPRA et les juges de la CNDA devront se forger une intime conviction sur la crédibilité du récit formulé par le demandeur d'asile à partir non de preuves, mais d'un simple faisceau d'indices⁷⁶². Cet infléchissement de la charge de la preuve est consacré par la directive « Qualification » aux termes de laquelle « Il appartient à l'Etat membre d'évaluer en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande » (article 4.1). Le projet de loi transpose utilement cette dernière disposition dans un nouvel article L.723-4 du CESEDA⁷⁶³, qui exige cependant curieusement, à plusieurs reprises, du demandeur d'asile, qu'il apporte de véritables éléments de preuve. La reconnaissance de la qualité de

⁷⁵⁹ Jean-Michel Berlorgey, *op. cit.*, p. 143 et s.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 159. Voir également CNCDH, *Etude sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France*, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁶¹ UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV.1, UNHCR 1979, réédition Genève 1992, § 196 et 203.

⁷⁶² Dans ce sens Jean-Michel Belorgey, *op. cit.*, p. 161. Voir également Anicet Le Pors, *Juge de l'asile*, Michel Houdiard Editeur 2010, p. 132 et s.

⁷⁶³ Article L.723-4 nouveau du CESEDA : « L'office se prononce, au terme d'une instruction unique, sur la reconnaissance de la qualité de réfugié ou sur l'octroi de la protection subsidiaire.

Il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande d'asile. Ces éléments correspondent à ses déclarations et à tous les documents dont il dispose concernant son âge, son histoire personnelle, y compris celle de sa famille, son identité, sa ou ses nationalités, ses titres de voyage, les pays ainsi que les lieux où il a résidé auparavant, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire ainsi que les raisons justifiant sa demande.

Il appartient à l'office d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande.

L'office statue sur la demande en tenant compte de la situation prévalant dans le pays d'origine à la date de sa décision, de la situation personnelle et des déclarations du demandeur, des éléments de preuve et d'information qu'il a présentés ainsi que, le cas échéant, des activités qu'il a exercées depuis le départ de son pays d'origine et qui seraient susceptibles de l'exposer dans ce pays à des persécutions ou des atteintes graves. L'office tient compte également, le cas échéant, du fait qu'il est raisonnable de considérer que le demandeur peut se prévaloir de la protection d'un autre pays dont il est en droit de revendiquer la nationalité.

Le fait que le demandeur a déjà fait l'objet de persécutions ou d'atteintes graves ou de menaces directes de telles persécutions ou atteintes constitue un indice sérieux du caractère fondé des craintes du demandeur d'être persécuté ou du risque réel de subir des atteintes graves, sauf s'il existe de bonnes raisons de penser que ces persécutions ou atteintes graves ne se reproduiront pas.

Lorsqu'une partie de ses déclarations n'est pas étayée par des éléments de preuve, il n'est pas exigé du demandeur d'autres éléments de justification si, ayant présenté dès que possible, sauf motif légitime avéré, sa demande, il s'est réellement efforcé de l'étayer en présentant tous les éléments à sa disposition et en expliquant de façon satisfaisante l'absence d'autres éléments probants et si, la crédibilité générale du demandeur étant établie, ses déclarations sont considérées comme cohérentes et plausibles et ne sont pas contredites par des informations dont dispose l'office ».

réfugié apparaît alors comme une véritable « épreuve de vérité »⁷⁶⁴. Pour la CNCDH, la référence à la preuve dans le nouvel article L.723-4 du CESEDA est contraire à l'esprit de la Convention de Genève et à celui de la directive « Qualification ». Elle en recommande donc la modification par la suppression des termes « preuve » et « probant ».

59. Par ailleurs, les alinéas 4, 5 et 6 du nouvel article L.723-4 fixent des directives pour l'appréciation par l'OFPRA de la demande d'asile. A titre d'exemple, l'alinéa 5 du nouvel article L.723-4 du CESEDA établit clairement une hiérarchie entre les « craintes de persécution » et les « persécutions déjà subies »⁷⁶⁵. A cet égard, la CNCDH entend rappeler que le principe d'intime conviction s'oppose à la fixation de toute règle gouvernant l'appréciation d'une demande d'asile et interdit de fixer *a priori* la valeur probatoire d'un indice ou de tout autre élément de fait. Elle recommande donc une modification du projet de loi sur ce point.

7° Entourer les décisions d'irrecevabilité de garanties sérieuses

60. Transposant l'article 33 de la directive « Procédures », un nouvel article L.723-10 du CESEDA prévoit la possibilité de déclarer, sans examen au fond, une demande d'asile irrecevable notamment :
- lorsque le demandeur bénéficie du statut de réfugié et d'une protection effective dans un Etat tiers et y est effectivement réadmissible ;
 - lorsque le demandeur bénéficie d'une protection au titre de l'asile dans un Etat membre de l'UE.

La CNCDH note avec satisfaction que, dans la première hypothèse, l'OFPRA a l'obligation de vérifier que le demandeur bénéficie dans l'Etat tiers d'une protection effective et qu'il y est effectivement réadmissible. En revanche, rien de tel n'est prévu dans la seconde hypothèse, alors même que le Conseil d'Etat pose que la présomption de protection effective d'une personne reconnue réfugiée dans un Etat membre de l'UE est réfragable, le demandeur ayant la possibilité d'établir l'incapacité de l'Etat membre concerné à lui assurer une protection efficace⁷⁶⁶. Dans ces conditions, la CNCDH recommande d'harmoniser la rédaction du nouvel article L.723-10 du CESEDA en imposant à l'OFPRA de vérifier, avant la décision d'irrecevabilité, l'effectivité de la protection dans l'Etat membre de l'UE concerné et la possibilité d'une réadmission.

61. Le nouvel article L.731-2 du CESEDA prévoit que les décisions d'irrecevabilité peuvent faire l'objet d'un recours non suspensif devant la CNDA. Ainsi que cela a déjà été précisé (voir § 31), le nouvel article L.733-4 du même code énonce que la CNDA, qui statue normalement en plein contentieux, peut néanmoins annuler une décision de l'office et lui renvoyer l'examen de la demande dans deux hypothèses limitativement énumérées, au rang desquelles ne figurent pas les décisions d'irrecevabilité. Celles-ci sont donc soustraites au contrôle de la légalité, alors même qu'elles ont des conséquences très lourdes sur la situation du demandeur d'asile, en raison de l'absence d'examen au fond de sa demande.

⁷⁶⁴ Voir Estelle d'Halluin-Mabillot, *Les épreuves de l'asile...*, *op. cit.*

⁷⁶⁵ « Le fait que le demandeur a déjà fait l'objet de persécutions ou d'atteintes graves ou de menaces directes de telles persécutions ou atteintes constitue un indice sérieux du caractère fondé des craintes du demandeur d'être persécuté ou du risque réel de subir des atteintes graves, sauf s'il existe de bonnes raisons de penser que ces persécutions ou atteintes graves ne se reproduiront pas ».

⁷⁶⁶ CE 13 novembre 2013, *CIMADE*, n° 349735.

L'intéressé peut au surplus se voir privé de son droit au maintien sur le territoire (article L.743-2 nouveau du CESEDA). En conséquence, la CNCDH recommande de modifier alinéa 2 de l'article L.733-4 du CESEDA en permettant à la CNDA d'annuler la décision de l'OFPRA et de lui renvoyer l'examen de la demande d'asile en cas de décision d'irrecevabilité affectée d'un vice de légalité.

8° Améliorer le régime des décisions de clôture

62. Transposant les articles 27 et 28 de la directive « Procédures », le projet de loi introduit dans le CESEDA deux articles relatifs au retrait ou à la renonciation à une demande d'asile. Un nouvel article L.723-11 énumère les cas dans lesquels l'OFPRA peut rendre une décision dite « de clôture d'examen »⁷⁶⁷. S'agissant du motif relatif au dépôt tardif de la demande (article L.723-11 c. nouveau), la CNCDH relève que des raisons parfaitement légitimes peuvent expliquer cette situation, comme notamment la méconnaissance du système français de l'asile, l'absence de maîtrise de la langue française, l'isolement dès l'entrée sur le territoire français, les difficultés d'ordre médical ou la fragilité psychologique du demandeur d'asile. En outre, un dépôt tardif, n'est pas de nature à exclure un besoin de protection internationale. La CNCDH recommande donc qu'il soit précisé dans le texte que l'absence de présentation de la demande dans les délais impartis n'est justifiée par aucune raison valable. Par ailleurs, une décision de clôture peut également intervenir « lorsque le demandeur a fui ou quitté sans autorisation le lieu où il était hébergé (...) ou astreint à résider ou n'a pas respecté ses obligations de présentation et de communication aux autorités » (article L.723-11 d. nouveau). Pour la CNCDH, le non-respect par le demandeur de ces obligations est sans rapport avec l'examen du besoin d'une protection internationale⁷⁶⁸. Elle recommande en conséquence la suppression de ces dispositions.
63. Un nouvel article L.723-12 du CESEDA définit les modalités de réouverture du dossier⁷⁶⁹, celle-ci pouvant être sollicitée par le demandeur dans un délai de 9 mois. La CNCDH exprime sa plus vive opposition aux dispositions du dernier alinéa en vertu desquelles, au-delà des 9 mois, la demande de réouverture du dossier est considérée comme une demande de réexamen traitée en procédure accélérée. En effet, il est difficilement concevable d'envisager un quelconque réexamen, dès lors qu'il n'y a pas eu, au préalable, rejet d'une première demande d'asile. En l'absence d'un tel rejet, l'appréciation d'éléments nouveaux fondant le réexamen s'avère au surplus totalement impossible. Par

⁷⁶⁷ Article L. 723-11 nouveau du CESEDA : « L'office peut prendre une décision de clôture d'examen dans les cas suivants :

a) Le demandeur a informé l'office du retrait de sa demande d'asile ;
b) Le demandeur, de manière délibérée et caractérisée, refuse de fournir des informations essentielles au traitement de sa demande, en particulier concernant son identité ;
c) Le demandeur n'a pas introduit sa demande à l'office dans les délais impartis ou, sans justifier de raison valable, ne s'est pas présenté à l'entretien à l'office ;
d) Le demandeur a fui ou quitté sans autorisation le lieu où il était hébergé en application de l'article L. 744-3 ou astreint à résider, ou n'a pas respecté ses obligations de présentation et de communication aux autorités, sauf s'il a informé lesdites autorités dans un délai raisonnable ou justifie de motifs indépendants de sa volonté ».

⁷⁶⁸ UNHCR, Note précitée, p. 12.

⁷⁶⁹ Article L. 723-12 nouveau du CESEDA : « Si, dans un délai inférieur à neuf mois suivant la décision de clôture, le demandeur sollicite la réouverture de son dossier ou présente une nouvelle demande, l'office rouvre le dossier et reprend l'examen de la demande au stade auquel il avait été interrompu. La décision de clôture ne peut être remise en cause que par le dépôt d'une demande de réouverture du dossier. Le dossier d'un demandeur ne peut être rouvert en application du premier alinéa qu'une seule fois. Passé le délai de neuf mois, la décision de clôture est définitive et la nouvelle demande est considérée comme une demande de réexamen ».

ailleurs, il doit être relevé qu'aux termes du projet de loi, l'OFPRA peut, dans une telle hypothèse, ne pas procéder à un entretien (article L.723-14 nouveau du CESEDA), qui est pourtant une garantie essentielle de la procédure d'asile. Pour toutes ces raisons, la CNCDH recommande la suppression des nouvelles dispositions.

9° Garantir un recours suspensif de plein droit dans l'ensemble des procédures relatives à l'asile

64. Les dispositions de la nouvelle directive « Procédures » (article 46-5) posent le principe selon lequel les Etats membres autorisent les demandeurs d'asile à rester sur leur territoire jusqu'à l'expiration du délai d'introduction d'un recours, et si ce dernier a été formé, jusqu'à son issue. Une série d'exceptions limitent cependant ce droit. Dans ces hypothèses, une juridiction doit décider du caractère suspensif du recours, soit d'office, soit en étant saisie de cette question par un demandeur d'asile (article 46.6 et s.). Dans les deux cas, l'intervention de la juridiction n'est prévue par la directive que si la décision de rejet de la demande d'asile « *a pour conséquence de mettre un terme au droit du demandeur de rester sur le territoire de l'Etat membre* » (article 46.6 *in fine*).
65. A ce jour, le seul recours suspensif dont disposent les demandeurs d'asile sur le territoire français est celui disponible devant le juge de la reconduite à la frontière qui est chargé de contrôler la légalité de la mesure d'éloignement (obligation de quitter le territoire français) et d'en vérifier notamment la compatibilité avec les articles 3 et 8 de la CESDH. Le recours devant la CNDA dans le cadre de la procédure normale n'est quant à lui pas directement suspensif⁷⁷⁰, même si l'étranger débouté de sa demande ne peut être reconduit à la frontière dans la mesure où il bénéficie d'un droit au séjour provisoire jusqu'à la décision de la Cour. Mais surtout, les recours formés par les demandeurs en procédure prioritaire ne sont pas suspensifs⁷⁷¹. Il en est de même des recours formés contre la décision de transfert prise en application du Règlement Dublin.
66. Pour la CNCDH, la condamnation du caractère non suspensif de ces recours par les deux cours européennes⁷⁷² impose une réforme à laquelle invitent la directive « Procédures » et le règlement « Dublin III »⁷⁷³. Le projet de loi innove très heureusement en prévoyant que les demandeurs d'asile peuvent, de plein droit, se maintenir sur le territoire jusqu'à une décision définitive de l'OFPRA ou de la CNDA, dès lors qu'ils sont placés en procédure normale ou en procédure accélérée (article L.743-5 nouveau du CESEDA⁷⁷⁴). S'agissant des demandeurs placés en procédure Dublin, ils bénéficient également du droit de se

⁷⁷⁰ CE 29 janvier 1986, *Kodia*, n° 72001.

⁷⁷¹ Le caractère non suspensif du recours pour les procédures prioritaires est d'autant plus problématique que la directive « Procédures » pérennise le concept de « pays d'origine sûrs » (article 36).

⁷⁷² Cour EDH 2 février 2012, *I.M. c. France*, req. n° 9152/09 ; Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 ; CJUE 21 décembre 2011, *N.S. & autres*, n° C-411/10.

⁷⁷³ Un recours conférant le droit de rester sur le territoire en attendant l'issue de ce recours (article 27.3 a), une suspension automatique du transfert pendant un délai raisonnable au cours duquel une juridiction peut décider de l'effet suspensif ou non du recours (article 27.3 b), une possibilité de demander à la juridiction saisie pour déterminer si le transfert est légal, de suspendre ce transfert en attendant l'issue de son recours (article 27.3 c).

⁷⁷⁴ Article L.743-5 nouveau du CESEDA : « *Sans préjudice des articles L. 556-1 et L. 743-2, lorsque l'étranger sollicitant l'enregistrement d'une demande d'asile a fait l'objet, préalablement à la présentation de sa demande, d'une mesure d'éloignement prise en application des dispositions prévues dans le livre V du présent code, celle-ci ne peut être mise à exécution avant la notification de la décision de l'office, lorsqu'il s'agit d'une décision de rejet, d'irrecevabilité ou de clôture, ou si un recours est formé devant la Cour nationale du droit d'asile contre une décision de rejet, avant la notification de la décision de la Cour* ».

maintenir en France jusqu'au terme de la procédure de détermination de l'Etat responsable et, le cas échéant, jusqu'à leur transfert effectif vers celui-ci (article L.743-3 nouveau du CESEDA⁷⁷⁵), le recours devant la juridiction administrative étant suspensif de la décision de transfert (article L.742-5 alinéa 2 nouveau du CESEDA⁷⁷⁶). En cas de demande d'asile en rétention, le président du tribunal administratif a la faculté de permettre à une personne ayant fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité ou de rejet, de se maintenir sur le territoire jusqu'à la décision de la CNDA, s'il estime que la demande d'asile n'a pas été présentée « *dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement* » (article L.556-1 nouveau du CESEDA). En revanche, le projet de loi ne prévoit de recours suspensif ni pour les décisions de clôture (article L.723-12 nouveau du CESEDA) ni pour les décisions d'irrecevabilité (article L.743-2 nouveau du CESEDA⁷⁷⁷). Dans ces deux hypothèses, les nouvelles dispositions prévoient en effet la possibilité de mettre fin au droit du demandeur d'asile de se maintenir sur le territoire (voir plus haut § 23). Dans ces conditions, la CNCDH ne peut qu'une nouvelle fois rappeler qu'il est impératif d'instituer un recours suspensif de plein droit dans le cadre de l'ensemble des procédures d'asile, étant précisé que le régime juridique de la contestation de l'obligation de quitter le territoire français (article L.512-1 et suivants du CESEDA) n'a, en la matière, aucune incidence sur ces procédures.

67. Par ailleurs, il découle de l'article 13 de la CESDH que la personne concernée doit pouvoir exercer son recours dans un « délai raisonnable », ce qui implique la définition légale d'un délai suffisant pour préparer, rédiger et déposer une requête comprenant un exposé détaillé des moyens de fait et de droit. Le projet de loi prévoit que les recours devant la CNDA sont, en principe, exercés dans un délai d'un mois, que la procédure soit normale ou accélérée (article L.731-2 alinéa 1^{er} nouveau du CESEDA). Ce délai est inférieur au délai de droit commun pour les recours contentieux devant le juge administratif, qui est de 2 mois. Il convient de rappeler qu'un délai trop bref met en cause l'effectivité même du recours⁷⁷⁸. Ainsi en est-il du délai de 7 jours pour les recours contre les décisions de transfert des « Dublinés » (article L. 742-4 nouveau du CESEDA) et, à plus forte raison, du délai de 48 heures pour les recours contre les décisions de refus d'entrée sur le territoire français (article L.213-9 du CESEDA) et contre les décisions d'irrecevabilité ou de rejet prononcées à l'encontre d'un demandeur d'asile en rétention (article L. 556-1 nouveau du

⁷⁷⁵ Article L.743-3 nouveau du CESEDA : « *Le demandeur d'asile qui fait l'objet de la procédure mentionnée à l'article L. 742-1 bénéficie du droit de se maintenir en France jusqu'au terme de la procédure de détermination de l'Etat responsable de l'examen de sa demande et, le cas échéant, jusqu'à son transfert effectif à destination de cet Etat.*

Le demandeur d'asile qui se soustrait de manière intentionnelle ou systématique aux convocations ou contrôles de l'autorité administrative en vue de faire obstacle à l'exécution d'une décision de transfert perd le bénéfice de son droit à se maintenir en France ».

⁷⁷⁶ Article L.742-5 alinéa 2 nouveau du CESEDA : « *La décision de transfert ne peut faire l'objet d'une exécution d'office ni avant l'expiration d'un délai de sept jours ou, si une décision de placement en rétention prise en application de l'article L. 551-1 ou d'assignation à résidence prise en application de l'article L. 561-2 a été notifiée avec la décision de transfert, avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures, ni avant que le tribunal administratif n'ait statué s'il a été saisi ».*

⁷⁷⁷ Article L.556-1 alinéa 4 nouveau du CESEDA : « *En cas de décision d'irrecevabilité ou de rejet de l'office, et saisi d'une demande en ce sens dans le délai de quarante-huit heures suivant la notification de cette décision par l'étranger maintenu en rétention qui entend former un recours contre elle devant la Cour nationale du droit d'asile, le président du tribunal administratif, s'il estime que la demande d'asile n'a pas été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement, peut ordonner que l'intéressé soit autorisé à se maintenir sur le territoire français jusqu'à ce que la cour ait statué ».*

⁷⁷⁸ Sur le délai raisonnable dans l'exercice des voies de recours, voir CNCDH/Médiateur de la République, *Communication commune sur l'affaire Gebremedhin contre France*.

CESEDA). En conséquence, la CNCDH recommande l'allongement de ces délais et la transformation des délais d'heure à heure en délais à jours ouvrés.

68. S'agissant de la procédure d'asile à la frontière, la CNCDH recommande tout particulièrement de fixer pour point de départ du délai de recours contre les décisions de refus d'entrée, la date de remise des notes d'entretien de l'OFPRA⁷⁷⁹, afin que le demandeur soit mis à même de motiver son recours contre la décision de rejet de l'office. Elle réitère à cet égard les préconisations déjà exprimées pour les demandes sur le territoire relatives à l'organisation et au financement d'une permanence d'information, ainsi que d'une permanence d'avocat au titre de l'aide juridictionnelle.

II. LE DROIT A DES CONDITIONS MATERIELLES D'ACCUEIL

A. AMELIORER L'ACCUEIL, L'HEBERGEMENT ET L'ACCOMPAGNEMENT

69. A la suite de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne faisant obligation aux Etats d'accorder des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile placés en procédure Dublin, la nouvelle directive « Accueil » précise qu'elle s'applique « à tous les stades et tous les types de procédures relatives aux demandes de protection internationale », sans distinguer entre les différentes catégories de demandes d'asile (article 17.1). La France doit dès lors, pour se conformer aux exigences de cette directive, proposer des conditions matérielles d'accueil dignes à toutes les personnes qui sollicitent une protection internationale. L'alignement devra se faire sur les standards les plus protecteurs, les Etats pouvant adopter ou maintenir des conditions plus favorables que celles prévues par le droit de l'Union. La CNCDH rappelle à cet égard que les conditions matérielles d'accueil ne sauraient constituer une variable d'ajustement mise à la disposition des autorités pour dissuader les étrangers ayant des craintes de persécution de demander une protection internationale en France.
70. La CNCDH réitère ses constats et recommandations au sujet du dispositif national d'accueil (DNA) qui crée des inégalités de traitement, en raison de sa sous-dotation structurelle⁷⁸⁰. Aussi, toute réforme du dispositif national d'accueil doit-elle poursuivre l'objectif du 11^e considérant de la directive « Accueil », en adoptant des normes qui garantissent aux demandeurs d'asile un niveau de vie digne. La CNCDH souhaite ainsi que l'objectif

⁷⁷⁹ Dans ce sens CE 28 novembre 2011, *Ministre de l'intérieur*, n° 344248.

⁷⁸⁰ Ce dispositif comprend aujourd'hui environ 22000 places d'accueil en centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA) mais ne permet la prise en charge annuelle que de 13000 nouvelles personnes. Les autres demandeurs d'asile se reportent sur l'hébergement d'urgence pour demandeurs d'asile (HUDA), l'hébergement social de droit commun, les dispositifs de solidarité des collectivités locales ou la solidarité de proches. Ce système à double vitesse est un facteur de grande précarisation d'une partie des demandeurs d'asile, alors que l'allocation temporaire d'attente (ATA), en ne permettant pas de couvrir leurs besoins élémentaires, compromet les perspectives d'intégration de ceux qui seront autorisés à demeurer sur le territoire. Ce système est également une aberration financière dès lors que le dispositif CADA coûte finalement moins cher que les HUDA, l'ATA et les plates-formes réunis. Une telle gestion à court terme a pour conséquence de confier l'hébergement à des dispositifs plus onéreux, moins adaptés et dépourvus d'accompagnement, alors que le total des crédits alloués aux dispositifs d'urgence et aux CADA permettrait aisément un hébergement de tous ceux qui le souhaitent en CADA. Enfin, il est surtout source d'inégalités en termes d'accès à une protection internationale. Ainsi, les demandeurs d'asile hébergés en CADA y bénéficient d'un accompagnement social, administratif et juridique et ont davantage de chance d'être placés sous la protection de la France. Par conséquent, même si les directives s'y intéressent peu, la question d'une assistance sociale, administrative et juridique de qualité et indépendante ne peut être détachée de celle de l'accueil et de l'hébergement.

d'optimisation de la prise en charge des demandeurs d'asile dans les centres d'accueil pour demandeurs d'asile (CADA), gérés par des structures associatives, soit privilégié pour répondre à l'augmentation de la demande d'asile et que de nouvelles places soient créées⁷⁸¹. De plus, il est impératif que les missions d'accueil et d'hébergement des demandeurs d'asile comprennent un accompagnement administratif, social et juridique. Pour la CNCDH, les pouvoirs publics devront assurer la qualité de cet accompagnement en dépit de l'accélération de la procédure voulue par le projet de loi.

71. Enfin, la CNCDH se doit tout particulièrement de saluer le travail considérable et le dévouement exemplaire des associations impliquées au premier chef dans l'accueil, l'orientation, l'hébergement et l'accompagnement des demandeurs d'asile. Ces dernières travaillent fréquemment dans des conditions très difficiles. En raison de moyens insuffisants, elles sont trop souvent contraintes de « gérer la pénurie ». La CNCDH ne peut donc que recommander aux pouvoirs publics de valoriser le savoir-faire associatif et de prévoir des financements permettant à ces structures de remplir leurs missions dans de bonnes conditions.

B. AMELIORER LE DISPOSITIF DE L'ALLOCATION POUR DEMANDEUR D'ASILE

72. Il ressort de plusieurs décisions de juges nationaux⁷⁸² et européens⁷⁸³ que tous les demandeurs d'asile, sans distinction, doivent pouvoir bénéficier d'une telle allocation. L'article 17.1 de la directive « Accueil » dispose en effet que : « *Les Etats membres font en sorte que les demandeurs aient accès aux conditions matérielles d'accueil lorsqu'ils présentent une demande de protection internationale* », sans distinguer entre les différentes catégories de demandeurs. Le projet de loi prévoit d'intégrer dans le CESEDA un nouvel article L.744-9 qui réserve le bénéfice de l'allocation pour demandeurs d'asile versée par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) aux seules personnes satisfaisant à des critères d'âge et de ressources et acceptant l'offre globale de prise en charge, notamment son volet hébergement⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ Dans ce sens Roger Karoutchi, *L'allocation temporaire d'attente. Rapport n° 105 (2013-2014) fait au nom de la commission des finances du Sénat déposé le 30 octobre 2013*, p. 36.

⁷⁸² CE 16 juin 2008, *CIMADE*, n° 300636 ; CE 7 avril 2011, *CIMADE & GISTI*, n° 335924 ; CE17 avril 2013, *CIMADE & GISTI*, n° 335924.

⁷⁸³ CJUE, 4^{ème} chambre, 27 septembre 2012, *CIMADE et GISTI*, n° C-179/11.

⁷⁸⁴ Article L.744-9 nouveau du CESEDA : « *Le demandeur d'asile, qui a accepté les conditions matérielles d'accueil proposées en application de l'article L. 744-1 du présent code, peut bénéficier d'une allocation pour demandeur d'asile, s'il satisfait à des critères d'âge et de ressources. Cette allocation lui est versée par l'Office français de l'immigration et de l'intégration dans l'attente de la décision définitive lui accordant ou lui refusant une protection au titre de l'asile ou jusqu'à son transfert effectif vers un autre Etat membre si sa demande d'asile relève de la compétence de cet Etat.*

Le versement de l'allocation prend fin au terme du mois qui suit celui de la notification de la décision définitive concernant cette demande. Son montant est révisé, le cas échéant, une fois par an, en fonction de l'évolution des prix hors tabac prévue dans le rapport économique, social et financier annexé au projet de loi de finances de l'année.

L'allocation pour demandeur d'asile est incessible et insaisissable. Pour son remboursement, en cas de versement indu, l'Office français de l'immigration et de l'intégration peut procéder par retenue sur les échéances à venir dues à quelque titre que ce soit. Le montant des retenues ne peut dépasser un plafond dont les modalités sont fixées par voie réglementaire, sauf en cas de remboursement intégral de la dette en un seul versement si le bénéficiaire opte pour cette solution.

Les blocages de comptes courants de dépôts ou d'avances ne peuvent avoir pour effet de faire obstacle à son insaisissabilité.

73. La CNCDH regrette que le nouveau dispositif soit réservé aux seules personnes ayant accepté les conditions matérielles d'accueil proposées par l'OFII après l'enregistrement de la demande d'asile par l'autorité administrative. Dans son interprétation de la directive « Accueil », la Cour de justice de l'UE ne formule explicitement aucune limitation de ce type⁷⁸⁵. En outre, le nouveau texte prévoit qu'il puisse être tenu compte de l'âge de l'intéressé pour le versement de l'allocation. A cet égard, la CNCDH recommande que les mineurs disposent de la faculté d'accéder à la nouvelle allocation pour demandeur d'asile.
74. Par ailleurs, l'article 17.5 de la directive « Accueil » prévoit que, lorsque des Etats octroient les conditions matérielles d'accueil sous forme d'allocations financières, le montant de celles-ci est fixé en fonction du niveau établi dans l'Etat membre pour garantir un niveau de vie adéquat à ses ressortissants. Comme le Conseil d'Etat l'a souligné à de multiples reprises⁷⁸⁶, le montant de l'actuelle allocation temporaire d'attente (ATA) est insuffisant⁷⁸⁷ et ne permet pas de survivre en l'absence d'hébergement. Pour sa part, la Cour de justice de l'UE a récemment posé que l'allocation financière accordée aux demandeurs d'asile doit permettre à ceux-ci de trouver, le cas échéant, un logement sur le marché locatif privé⁷⁸⁸. La CNCDH recommande en conséquence une réévaluation du montant de l'allocation versée aux demandeurs d'asile.

C. GARANTIR LA LIBERTE DE CHOIX DU LIEU DE RESIDENCE

75. La directive « Accueil » offre aux Etats la possibilité de limiter la liberté de circulation des demandeurs d'asile au sein d'un pays et de leur imposer une obligation de résidence dans un lieu déterminé, d'en sanctionner la violation par la privation des conditions matérielles d'accueil et de soumettre à autorisation provisoire le droit de quitter le lieu de résidence qui leur est imparti (articles 7.2 et suivants). Transposant ces dispositions, l'article 15 du projet de loi instaure un dispositif reposant sur un double mécanisme :
- une répartition nationale des places d'hébergement déclinée par région et incluant l'ensemble des dispositifs actuels (voir les nouveaux articles L.744-1 et suivants du CESEDA) ;
 - une orientation nationale et directive des demandeurs d'asile vers les lieux d'hébergement avec un retrait des conditions matérielles d'accueil en cas de refus

Un décret définit le barème de l'allocation pour demandeur d'asile, en prenant en compte les ressources de l'intéressé, sa situation familiale, son mode d'hébergement et, le cas échéant, les prestations offertes par son lieu d'hébergement.

Ce décret précise en outre les modalités de versement de l'allocation pour demandeur d'asile. Il prévoit également qu'une retenue peut être effectuée à chaque versement, aux fins de constituer une caution dont le montant est restitué à la sortie du centre, déduit le cas échéant des sommes dues par son bénéficiaire au titre de son hébergement ».

⁷⁸⁵ Voir CJUE 27 février 2014, *Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile c. Selver Saciri & autres*, n° C-79/13.

⁷⁸⁶ Voir notamment CE 19 juillet 2010, n° 341289 ; CE référés 19 novembre 2010, n° 344286 ; CE référés 21 juillet 2011, n° 350760 ; CE référés 10 août 2011, n° 351324.

⁷⁸⁷ Le montant de l'ATA était de 11, 01 euros par jour en 2012 et de 11, 17 euros en 2013. En 2014, la prévision PLF s'élève à 11, 35 euros.

⁷⁸⁸ Voir CJUE 27 février 2014, *Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile c. Selver Saciri & autres*, n° C-79/13.

exprimé par les intéressés ou de manquement à leurs obligations (voir les nouveaux articles L.744-7 et suivants du CESEDA).

C'est à l'OFII qu'il revient de mettre en œuvre ce dispositif (article L.744-1 du CESEDA).

76. Confronté à la concentration de la demande d'asile en Ile-de-France, l'Etat est tenté de procéder à une répartition obligatoire des demandeurs d'asile sur le territoire national⁷⁸⁹. Pour la CNCDH, un tel système ne peut fonctionner en pratique que si un hébergement et un accompagnement adaptés sont prévus pour tous dès le début de la procédure. Elle relève en outre que le libre choix du lieu de résidence est à ce jour déjà contraint dès lors qu'en cas de refus du demandeur d'asile d'être pris en charge en CADA, celui-ci perd le bénéfice de l'ATA (article L.5423-9, 3° du code du travail). Or, le constat d'une mauvaise répartition résulte avant tout de la pénurie de places en CADA et de l'absence de solidarité nationale, auxquelles il doit être impérativement remédié. Dans ces conditions, la CNCDH confirme son profond attachement au libre choix de leur mode d'hébergement par les demandeurs d'asile, étant entendu que l'exercice de cette liberté de choix ne saurait nuire au bénéfice des autres conditions d'accueil, et notamment à l'octroi d'une allocation ainsi qu'à l'accompagnement du demandeur d'asile. Elle recommande tout particulièrement, à l'instar d'un récent rapport parlementaire⁷⁹⁰, de laisser à chaque demandeur d'asile la faculté d'être hébergé par un tiers sans être pénalisé par la perte de son droit à une allocation. A tout le moins, si le principe d'un hébergement directif devait être maintenu, la CNCDH estime qu'il est nécessaire de recueillir le consentement du demandeur d'asile. L'OFII pourrait ainsi dans un premier temps proposer à l'intéressé un lieu d'hébergement et l'inviter à s'y rendre, sans sanction en cas de refus.
77. Par ailleurs, les dispositions du nouvel article L.744-8 du CESEDA, fixant les conditions dans lesquelles l'autorité administrative peut limiter ou suspendre le bénéfice des conditions matérielles d'accueil⁷⁹¹, constituent pour la CNCDH un objet de vive inquiétude dès lors qu'elles autorisent à mettre en place un système de contrôle des demandeurs d'asile

⁷⁸⁹ Voir Roger Karoutchi, *L'allocation temporaire d'attente*, op. cit., p. 36, qui propose une répartition régionale systématique des demandeurs d'asile dès le dépôt de la demande en fonction des places disponibles. Voir également I.G.F./I.G.A.S./I.G.A., *Rapport sur l'hébergement et la prise en charge financière des demandeurs d'asile*, avril 2013, annexe II.

⁷⁹⁰ Jeanine Dubié et Arnaud Richard, *Rapport d'information n° 1879 sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile*, Assemblée nationale 10 avril 2014.

⁷⁹¹ Article L.744-8 nouveau du CESEDA « L'autorité administrative peut limiter ou suspendre le bénéfice des conditions matérielles d'accueil si le demandeur d'asile :

1° A abandonné sans autorisation, alors que cette dernière était requise, son lieu d'hébergement déterminé en application de l'article L. 744-7 ;

2° N'a pas respecté l'obligation de se présenter aux autorités, n'a pas répondu aux demandes d'information ou ne s'est pas rendu aux entretiens personnels concernant la procédure d'asile ;

3° A dissimulé ses ressources financières ou a fourni des informations mensongères relatives à sa situation familiale ;

4° A présenté une demande de réexamen de sa demande d'asile ;

5° Sans motif légitime, n'a pas sollicité l'asile dès qu'il était en mesure de le faire après son entrée en France.

La décision de limitation ou de suspension des conditions d'accueil prévue dans les conditions énumérées au 1° à 5° est prise individuellement, sur le fondement de critères objectifs et motivée. Elle prend en compte, le cas échéant, la vulnérabilité du demandeur.

La décision est prise après que l'intéressé a été en mesure de présenter ses observations écrites dans les délais impartis.

Dans les cas prévus aux 1°, et 2° l'autorité administrative statue sur le rétablissement éventuel du bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsque le demandeur d'asile est retrouvé ou se présente volontairement aux autorités compétentes ».

s'apparentant à un régime d'assignation à résidence. A cela s'ajoute le nouvel article L.744-4 alinéa 3 du CESEDA qui oblige les structures d'hébergement à alerter l'autorité administrative compétente « *en cas d'absence injustifiée et prolongée des personnes qui y ont été orientées pendant la procédure* ». La CNCDH craint fortement que ces nouvelles dispositions n'aboutissent en pratique à mettre en place un système de surveillance généralisée. C'est pourquoi, elle tient à rappeler son opposition de principe à un contrôle des demandeurs d'asile, un tel contrôle méconnaissant le fait que ceux-ci ne font qu'exercer leur droit fondamental de demander l'asile.

78. Enfin, un nouvel article L.744-5 du CESEDA aménage la procédure du référé, mesure utile, en cas d'occupation indue d'un lieu d'hébergement par une personne dont la demande d'asile a été définitivement rejetée. Il prévoit de supprimer la condition d'urgence, dont la preuve doit normalement être apportée par le requérant aux termes de l'article L.521-3 du CJA⁷⁹². Les nouvelles dispositions organisent une procédure exorbitante du droit commun en dispensant l'administration de la preuve de l'urgence. Le principe d'égalité devant la loi est, dans ces conditions, mis à mal. En conséquence, la CNCDH recommande la suppression de ce régime dérogatoire. A tout le moins, si celui-ci devait être maintenu, l'intéressé devrait bénéficier de l'aide juridictionnelle.

D. RENFORCER L'ACCES AUX DROITS SOCIAUX

79. L'effectivité et la rapidité d'accès à ces droits doivent être renforcées. Les demandeurs d'asile attendent souvent très longtemps pour pouvoir en bénéficier en raison soit de difficultés d'accès à la procédure d'asile, soit de « tracasseries administratives » injustifiées ou contraires à la réglementation.
80. L'article 15.1 de la directive « Accueil » invite les Etats à veiller à ce que les demandeurs d'asile aient accès au marché du travail dans un délai maximum de 9 mois à compter de la date d'introduction de leur demande de protection internationale. Si les Etats sont habilités à fixer les conditions dans lesquelles l'accès au marché du travail leur est octroyé, l'accès effectif à ce marché doit néanmoins être garanti (article 15.2). La possibilité d'accorder la priorité aux citoyens de l'UE, aux ressortissants de l'espace économique européen, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier « *pour*

⁷⁹² Article L.744-5 nouveau du CESEDA : « *Les lieux d'hébergement mentionnés à l'article L. 744-3 accueillent les demandeurs d'asile pendant la durée d'instruction de leur demande d'asile ou jusqu'à leur transfert effectif vers un autre Etat européen. Cette mission prend fin à l'expiration du délai de recours contre la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou à la date de la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile ou à la date du transfert effectif vers un autre Etat membre si sa demande relève de la compétence de cet Etat.*

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions dans lesquelles les personnes s'étant vu reconnaître la qualité de réfugié ou accorder le bénéfice de la protection subsidiaire et les personnes ayant fait l'objet d'une décision de rejet définitive peuvent être maintenues dans un lieu d'hébergement mentionné à l'article L. 744-3 à titre exceptionnel et temporaire.

Lorsqu'après une décision de rejet définitive, le délai de maintien dans un lieu d'hébergement mentionné à l'article L. 744-3 prend fin, l'autorité administrative compétente peut, après mise en demeure restée infructueuse, demander en justice qu'il soit enjoint à cet occupant sans titre d'évacuer ce lieu.

La demande est portée devant le président du tribunal administratif qui statue sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative et dont l'ordonnance est immédiatement exécutoire. La condition d'urgence prévue à cet article L. 521-3 n'est pas requise. Le président du tribunal administratif peut prononcer, même d'office, une astreinte pour l'exécution de son ordonnance ».

des motifs liés à leur politique de marché du travail », est toutefois consacrée à l'article 15.2 et déjà mise en œuvre par le code du travail.

81. La CNCDH regrette que le projet de loi reste totalement silencieux sur ce droit au travail. Pourtant, il est de l'intérêt de tous de permettre aux demandeurs d'asile d'accéder légalement au marché de l'emploi dans la mesure où il s'agit là d'un facteur d'autonomisation. Cet accès devrait être ouvert à tout demandeur d'asile après le dépôt de sa demande. Par ailleurs, l'accès aux dispositifs de formation professionnelle et d'apprentissage de la langue française devrait être possible dès que le demandeur est autorisé à séjourner sur le territoire français, afin de favoriser l'intégration de ceux qui se verront reconnaître une protection internationale.
82. L'accès aux soins médicaux est également prévu par la directive « Accueil » comme faisant partie des garanties minimales qui doivent être octroyées aux demandeurs d'asile (article 15). La CNCDH recommande une augmentation des moyens alloués aux CADA pour répondre aux besoins médicaux et paramédicaux des demandeurs d'asile. A ce jour, les accès à l'assurance maladie et à la couverture maladie universelle complémentaire (CMU/C) supposent la régularité du séjour (articles L. 380-1 et R. 380-1 du code de la sécurité sociale). Un dispositif est néanmoins réservé aux étrangers ne remplissant pas cette condition : il s'agit de l'aide médicale d'Etat (AME) réglementée dans le code de l'action sociale et de la famille (articles L. 251-1 et suivants du CASF) et dont l'accès est conditionné à une ancienneté de la présence en France de trois mois, condition écartée à l'égard des mineurs par le Conseil d'Etat⁷⁹³. La spécificité du droit d'asile ne paraît pas compatible avec la condition d'ancienneté de la présence en France pour le bénéfice de l'aide médicale d'Etat. La CNCDH rappelle que les obligations définies à l'article 19 de la directive « Accueil » n'imposent aux Etats membres que des obligations minimales⁷⁹⁴ et que tous les demandeurs d'asile doivent pouvoir être affiliés au régime général de l'assurance maladie et bénéficier de la CMU complémentaire⁷⁹⁵.

III. LE DROIT A LA PRISE EN COMPTE DE L'ETAT DE VULNERABILITE

83. La notion de vulnérabilité recouvre des situations extrêmement diverses dans lesquelles des personnes se trouvent dans un état de grande fragilité. L'article 21 de la directive « Accueil » énumère les personnes vulnérables « *telles que les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés d'enfants mineurs, les victimes de la traite des êtres humains, les personnes ayant des maladies graves, les personnes souffrant de troubles mentaux et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence*

⁷⁹³ CE 7 octobre 2006, *Association Aides & autres*, n° 285576.

⁷⁹⁴ Article 19 de la Directive « Accueil » : « 1. Les Etats membres font en sorte que les demandeurs reçoivent les soins médicaux nécessaires qui comportent au minimum les soins urgents et le traitement essentiel des maladies et des troubles mentaux.

2. Les Etats membres fournissent l'assistance médicale ou autre nécessaire aux demandeurs ayant des besoins particuliers en matière d'accueil, y compris, s'il y a lieu, des soins de santé mentale appropriés ».

⁷⁹⁵ Voir CJUE 30 mai 2013, *Arslan*, n° C-534/11, qui souligne que le demandeur d'asile ne saurait être considéré comme étant en séjour irrégulier : « (...) il ressort clairement des termes, de l'économie et de la finalité des directives 2005/85 et 2008/115 qu'un demandeur d'asile a (...) le droit de demeurer sur le territoire de l'Etat membre concerné à tout le moins jusqu'à ce que sa demande ait été rejetée en premier ressort et ne saurait donc être considéré comme étant en « séjour irrégulier » au sens de la directive 2008/115, celle-ci visant à l'éloigner du territoire ».

psychologique, physique ou sexuelle ». Le projet de loi semble cependant, dans plusieurs de ses dispositions, consacrer une vision moins large de la vulnérabilité en la restreignant aux mineurs et aux personnes victimes de tortures ou de traitements inhumains ou dégradants (voir les nouveaux articles L.213-8-2, L.723-2 et L.723-3 du CESEDA). La CNCDH recommande que l'ambiguïté soit levée sur ce point, afin que les nouveaux textes ne puissent être interprétés par ceux qui les mettront en œuvre comme cantonnant la vulnérabilité à ces deux hypothèses.

84. L'article 11 de la directive « Accueil » permet le placement en rétention des personnes vulnérables. A ce sujet, la directive reprend à son compte un certain nombre de principes concernant les femmes, les familles, les personnes dont l'état de santé nécessite un suivi ou un soutien particulier. Les problèmes de « santé mentale » ne constituent pas un cas d'exclusion de cette mesure privative de liberté (article 11.1). La CNCDH ayant réitéré ses réserves à l'égard de la pérennisation en Europe d'un système d'internement administratif pour les demandeurs d'asile, celles-ci valent, à plus forte raison, à l'égard des personnes vulnérables. S'agissant plus spécifiquement des mineurs, l'approche est encore plus préoccupante dès lors que la directive « Accueil » n'exclut pas la possibilité d'une privation de liberté à titre dérogatoire (articles 11.2 et 11.3). A cet égard, l'article 8 du projet de loi prévoit la possibilité, certes exceptionnelle, de placer en zone d'attente des mineurs non accompagnés (article L.213-8-2 nouveau du CESEDA), alors pourtant qu'en application des articles 31 et 33 de la Convention de Genève, les enfants isolés en quête de protection, comme tous les demandeurs d'asile, ne doivent jamais se voir refuser l'accès au territoire, être refoulés à la frontière ou être détenus pour cause d'immigration. La CNCDH tient à rappeler sa ferme opposition, régulièrement répétée depuis de nombreuses années, au prononcé de mesures privatives de liberté à l'égard de mineurs isolés demandeurs d'asile, opposition qui est fondée sur la sauvegarde de « l'intérêt supérieur de l'enfant » (article 3.1 de la CIDE)⁷⁹⁶. Ces mineurs doivent recevoir immédiatement une protection judiciaire et le soutien de l'aide sociale à l'enfance⁷⁹⁷.
85. Par ailleurs, la directive « Accueil » instaure une évaluation des besoins particuliers en matière d'accueil des personnes vulnérables (article 22). Aux fins de transposition de ce texte, l'article 15 du projet de loi prévoit d'intégrer dans le CESEDA un article L.744-6 ainsi rédigé : « *Suite à la présentation d'une demande d'asile, l'Office français de l'immigration et de l'intégration est chargé de procéder dans un délai raisonnable à un examen de la vulnérabilité du demandeur d'asile afin de déterminer le cas échéant ses besoins particuliers en matière d'accueil. Ces besoins particuliers sont également pris en compte s'ils deviennent manifestes à une étape ultérieure de la procédure d'asile. Les informations attestant d'une situation particulière de vulnérabilité, après accord du*

⁷⁹⁶ Voir CNCDH, 3 juillet 1998, *Avis portant sur les dispositions nécessaires pour l'accueil des mineurs demandeurs d'asile non accompagnés*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 21 septembre 2000, *Avis relatif à la situation des étrangers mineurs isolés*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 24 avril 2003, *Avis sur le projet de décret relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc représentant les mineurs étrangers isolés*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 29 juin 2006, *Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile en France*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 5 juillet 2010, *Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration, la nationalité*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 22 novembre 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 28 nov. 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun, op. cit.* ; CNCDH 26 juin 2014, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, *JORF* du 8 juillet 2014, texte n° 92.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

demandeur d'asile, sont transmises par l'Office français de l'immigration et de l'intégration à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ».

86. Si la CNCDH se félicite de voir prise en compte la situation des personnes vulnérables, l'évaluation ne doit en aucun cas se faire au détriment des demandeurs d'asile ne répondant pas aux critères de vulnérabilité exposés plus haut. En d'autres termes, l'évaluation de la « vulnérabilité » ne doit pas être un motif d'exclusion d'un hébergement, d'un accompagnement ou d'une prise en charge⁷⁹⁸. La CNCDH rappelle à cet égard que l'ensemble des demandeurs d'asile a le droit de bénéficier de conditions matérielles d'accueil garantissant un niveau de vie digne, ce qui nécessite l'allocation par l'Etat de moyens en adéquation avec les besoins de l'ensemble des structures chargées d'assurer cet accueil, cet accompagnement et cette prise en charge.
87. La CNCDH entend s'assurer que les dispositions de la directive n'entraînent pas la création d'un dispositif d'accompagnement social dédié aux seules personnes identifiées comme « vulnérables » et recommande donc avant tout d'améliorer le système national de droit commun, afin qu'il réponde de manière plus adéquate aux besoins réels de tous les demandeurs d'asile. A ce titre, chacun d'eux doit pouvoir rapidement bénéficier d'une visite de prévention auprès de professionnels socio-sanitaires, y compris en santé mentale, s'il en fait la demande et quelle que soit sa vulnérabilité. Le délai de délivrance d'une protection maladie ne doit pas justifier de retard à cette visite librement consentie.
88. En outre, l'utilisation d'outils d'identification de la « vulnérabilité » ne saurait pallier le manque de moyens dédiés à l'accompagnement et à l'offre de soins afférents. Ces outils doivent être appréciés et validés par les instances responsables, en particulier par le ministère de la santé et des affaires sociales ; ils doivent également être discutés au préalable, de manière pluridisciplinaire, avec les institutions référentes sur le sujet (autorités universitaires, sociétés savantes reconnues, etc.), afin d'éviter que ne soit créée une filière spécialisée pour les demandeurs d'asile sous la responsabilité du ministère de l'intérieur. Dans ces conditions, la CNCDH regrette que la détection de la vulnérabilité soit

⁷⁹⁸ Le Conseil d'Etat apprécie l'atteinte au droit à des conditions matérielles d'accueil en fonction de la situation personnelle de l'intéressé et de sa vulnérabilité (CE 13 août 2010, *Ministre de l'immigration c. M.*, n° 342330). Un demandeur d'asile considéré comme plus vulnérable serait prioritaire pour accéder à des conditions d'hébergement dignes. Le raisonnement du Conseil d'Etat revient en définitive à admettre qu'un demandeur d'asile ne présentant aucune vulnérabilité particulière (de sexe masculin, seul, en bonne santé, etc.), dans une région où les moyens manquent, peut être hébergé en tente, à même le sol, dans des conditions d'hygiène et de sécurité extrêmement précaires (CE 19 novembre 2010, *Ministre de l'immigration c. Panokheel*, n° 344286 ; voir également Serge Slama, *Des demandeurs d'asile sous tentes en plein hiver : la protection de l'effectivité du droit d'asile par le juge administratif ne va pas toujours de soi*, *Rec. Dalloz* 2010, p. 2918). Une catégorisation des demandeurs d'asile selon leur situation personnelle entraîne l'exclusion du dispositif national d'accueil de ceux qui ne sont pas considérés comme particulièrement vulnérables (CE 27 octobre 2010, n° 343898 ; CE 22 novembre 2010, n° 344373). La restriction croissante du droit à des conditions matérielles d'accueil, par le biais de l'instauration de priorités dans l'accès à ce droit, a donc pour conséquence de réduire considérablement les obligations pesant sur l'administration. Dans une décision très récente, le Conseil d'Etat a en effet rejeté en référé la demande de désignation d'un centre d'hébergement formée par un couple de ressortissants albanais demandeurs d'asile, dont la femme se trouvait dans un état de santé délicat. Aux termes de l'ordonnance, l'état de santé de la requérante « n'apparaît pas d'une telle gravité qu'il nécessiterait un hébergement d'urgence immédiat ». Elle ajoute que son état de santé est « suffisamment préoccupant pour ne pas laisser M^{me} D. vivre dans la rue sans bénéficier d'une prise en charge médicale », sans pour autant enjoindre l'administration de lui indiquer un lieu d'hébergement (CE 5 avril 2013, n° 367232 ; voir également Karine Michelet, *Le droit des demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes : un droit en perte d'effectivité ?*, *AJDA* 2013, p. 1633).

confiée à un organisme public placé sous la tutelle du ministère de l'intérieur. Elle recommande donc une modification de l'article L.744-6 du CESEDA sur ce point.

89. Enfin, la « vulnérabilité » doit pouvoir être identifiée tout au long du parcours du demandeur d'asile, et non exclusivement en amont ou lors du dépôt de la demande. A cet égard, la CNCDH recommande une clarification de l'article L.744-6 du CESEDA, dont la rédaction actuelle, insuffisamment explicite, semble privilégier la détection de la vulnérabilité en début de procédure et non tout au long de celle-ci.

LISTE DES PRINCIPALES RECOMMANDATIONS

Recommandation n° 1. La CNCDH recommande aux pouvoirs publics de valoriser le savoir-faire associatif et de renforcer les financements permettant aux associations de remplir leurs missions dans de bonnes conditions. Elle se doit tout particulièrement de saluer le travail considérable et le dévouement exemplaire des associations impliquées au premier chef dans l'accueil, l'orientation, l'hébergement et l'accompagnement des demandeurs d'asile.

Recommandation n° 2. La CNCDH recommande l'urgente simplification de la législation relative au droit d'asile.

Recommandation n° 3. La CNCDH recommande de supprimer du projet de loi toutes formulations et terminologies entretenant une confusion fâcheuse entre les questions d'asile et d'immigration (par exemple, l'emploi du vocable « l'étranger »), ainsi que celles pouvant être interprétées comme l'expression d'une méfiance de principe manifestée à l'égard de ceux qui sollicitent une protection internationale (par exemple, l'emploi récurrent de doubles négations telles que l'exigence que la demande de réexamen ne soit pas irrecevable ou que la demande d'asile à la frontière ne soit pas manifestement infondée).

Recommandation n° 4. La CNCDH recommande de consacrer dans le CESEDA la définition donnée par le HCR des motifs de craintes de persécution tenant à l'appartenance à un certain groupe social.

Recommandation n° 5. La CNCDH recommande de faciliter la domiciliation des demandeurs d'asile.

Recommandation n° 6. La CNCDH recommande de supprimer le préalable du passage en préfecture. A tout le moins, si celui-ci devait être maintenu, elle en souhaite ardemment l'extrême simplification.

Recommandation n° 7. La CNCDH recommande de confier à une autorité qui n'est ni sous la tutelle ni sous le pouvoir hiérarchique de l'exécutif, l'ensemble des questions relatives à l'accès au territoire français des demandeurs d'asile et à la décision à prendre sur l'octroi d'une protection internationale.

Recommandation n° 8. La CNCDH recommande qu'il soit procédé à l'enregistrement de la demande d'asile dans un délai de trois jours.

Recommandation n° 9. La CNCDH recommande de reconnaître à tous ceux qui sollicitent une protection internationale, sans distinction, un véritable droit au séjour sur le territoire français pendant la durée de la procédure d'asile.

Recommandation n° 10. La CNCDH recommande de remédier aux difficultés relatives à l'orientation de la procédure d'asile en garantissant les droits des demandeurs faisant l'objet d'une « procédure Dublin » par l'application systématique des clauses humanitaire et de souveraineté. En outre, la CNCDH est opposée à la possibilité de placer en rétention ces demandeurs d'asile.

Recommandation n° 11. La CNCDH recommande d'entourer la décision de placement en procédure accélérée de davantage de garanties en confiant à la seule autorité responsable de la détermination, le soin de décider de l'orientation de la procédure d'asile. Elle recommande également de permettre à la CNDA, en cas de décision de placement en procédure accélérée affectée d'un vice de procédure, d'annuler celle-ci et de renvoyer à l'OFPRA l'examen de la demande d'asile.

Recommandation n° 12. La CNCDH recommande d'interdire le placement des mineurs isolés étrangers en procédure accélérée.

Recommandation n° 13. La CNCDH recommande de revoir les motifs de placement en procédure accélérée, en rappelant tout particulièrement sa ferme opposition à la notion de « pays d'origine sûr ».

Recommandation n° 14. La CNCDH recommande de garantir une aide lors du dépôt de la demande d'asile en :

- informant les demandeurs, dans une langue qu'ils comprennent, de la procédure à suivre et de leurs droits et obligations au cours de la procédure,
- leur permettant de bénéficier gratuitement des services d'un interprète.

Recommandation n° 15. La CNCDH recommande d'entourer l'examen des demandes d'asile à la frontière de davantage de garanties en rappelant notamment que l'appréciation de la recevabilité de ces demandes ne peut en aucun cas relever d'un examen au fond des craintes de persécution invoquées par l'intéressé.

Recommandation n° 16. La CNCDH recommande l'organisation en zone d'attente d'une permanence d'information et d'une permanence d'avocat au titre de l'aide juridictionnelle.

Recommandation n° 17. La CNCDH recommande d'améliorer l'examen de la demande d'asile sur le territoire en renforçant la qualité des auditions et celle du compte rendu d'audition. En outre, le principe du contradictoire exige que la discussion sur la transcription de l'entretien et sa communication aient systématiquement lieu avant la prise de décision et ce, que la procédure soit normale ou accélérée.

Recommandation n° 18. La CNCDH recommande que :

- le demandeur soit informé avant l'entretien de la possibilité d'être assisté par un conseil ;
- le demandeur puisse se présenter à l'entretien accompagné d'un avocat ou d'un représentant d'une association de défense des droits des étrangers ou des demandeurs d'asile, étant précisé que l'effectivité de cette garantie dépendra des moyens consacrés à cette assistance ;
- le conseil puisse jouer un rôle actif au cours de l'entretien et non uniquement à la fin de celui-ci.

Recommandation n° 19. La CNCDH recommande de supprimer toute référence à la preuve dans les dispositions du projet de loi relatives à l'appréciation par l'OFPRA de la demande d'asile. Elle entend également rappeler que le principe d'intime conviction s'oppose à la fixation de toute règle gouvernant l'appréciation d'une demande d'asile et interdit de déterminer *a priori* la valeur probatoire d'un indice ou de tout autre élément de fait. Elle recommande tout particulièrement de veiller à ce que les nouvelles dispositions n'établissent aucune hiérarchie entre les « craintes de persécution » et les « persécutions déjà subies ».

Recommandation n° 20. La CNCDH recommande de réduire la durée de la procédure d'asile en écartant tout gel du traitement des demandes. La procédure menée devant l'OFPRA doit être encadrée dans un délai de 6 mois, étant précisé que la réduction des délais ne doit aucunement nuire à l'effectivité des garanties procédurales reconnues aux demandeurs d'asile.

Recommandation n° 21. La CNCDH recommande que toute décision d'irrecevabilité rendue par l'OFPRA soit conditionnée par l'exigence d'effectivité de la protection dans l'Etat concerné - qu'il soit ou non membre de l'UE - et la possibilité d'une réadmission. La CNCDH préconise également de permettre à la CNDA, en cas de décision d'irrecevabilité affectée d'un vice de légalité, d'annuler celle-ci et de renvoyer à l'OFPRA l'examen de la demande d'asile.

Recommandation n° 22. La CNCDH recommande d'améliorer le régime juridique des décisions de clôture.

Recommandation n° 23. La CNCDH recommande d'instituer un recours suspensif de plein droit dans le cadre de l'ensemble des procédures d'asile.

Recommandation n° 24. La CNCDH recommande d'allonger le délai de recours à l'encontre des décisions de refus d'entrée sur le territoire français, des décisions de transfert des personnes faisant l'objet d'une procédure « Dublin » et des décisions d'irrecevabilité ou de rejet prononcées à l'encontre d'un demandeur d'asile en rétention. Elle recommande également la transformation des délais d'heure à heure en délais à jours ouvrés.

Recommandation n° 25. S'agissant de la procédure d'asile à la frontière, la CNCDH recommande de fixer pour point de départ du délai de recours contre les décisions de refus d'entrée, la date de remise des notes d'entretien de l'OFPRA, afin que le demandeur soit mis à même de motiver son recours contre la décision de rejet de l'office.

Recommandation n° 26. La CNCDH recommande que la CNDA statue en formation collégiale, que la procédure soit accélérée ou normale. Devant cette juridiction, le libre choix d'un défenseur doit en outre être préservé, y compris au titre de l'aide juridictionnelle. Un temps suffisant pour la préparation de la défense doit être impérativement garanti.

Recommandation n° 27. La CNCDH recommande de garantir des conditions matérielles d'accueil en :

- améliorant l'accueil, l'hébergement et l'accompagnement, notamment par la création de nouvelles places dans les centres d'accueil pour demandeurs d'asile,
- réévaluant le montant de l'allocation temporaire d'attente,
- renforçant les droits sociaux des demandeurs d'asile, afin de leur permettre d'accéder au marché de l'emploi après le dépôt de la demande, d'être affiliés au régime général de l'assurance maladie et de bénéficier de la couverture maladie universelle complémentaire.

Recommandation n° 28. La CNCDH, marquant son attachement au libre choix par les demandeurs d'asile de leur lieu de résidence, recommande aux pouvoirs publics de ne pas opter pour un hébergement directif et surtout de ne pas mettre en place un système de contrôle des demandeurs d'asile proche d'un régime d'assignation à résidence. En effet, chaque demandeur d'asile doit avoir la faculté de pourvoir lui-même à son hébergement ou d'être hébergé par un tiers sans se voir pénalisé par la perte de son droit à une allocation. Si le principe d'un hébergement directif devait néanmoins être retenu, la CNCDH estime qu'il est nécessaire de recueillir le consentement du demandeur d'asile.

Recommandation n° 29. La CNCDH recommande de prendre en compte l'état de vulnérabilité des demandeurs d'asile afin de répondre à leurs besoins réels et sans que cela se fasse au détriment de ceux qui ne présentent pas un tel état de vulnérabilité. En outre, l'utilisation d'outils d'identification de la vulnérabilité ne saurait pallier le manque de moyens dédiés à l'accompagnement et à l'offre de soins afférents. Ces outils doivent être appréciés et validés par les instances responsables, en particulier par le ministère de la santé et des affaires sociales ; ils doivent également être discutés au préalable, de manière pluridisciplinaire, avec les institutions référentes sur le sujet (autorités universitaires, sociétés savantes reconnues, etc.), afin d'éviter que ne soit créée une filière spécialisée pour les demandeurs d'asile sous la responsabilité du ministère de l'intérieur. Enfin, la vulnérabilité doit pouvoir être identifiée tout au long du parcours du demandeur d'asile, et non exclusivement en amont ou lors du dépôt de la demande.

Recommandation n° 30. La CNCDH recommande l'interdiction de toute privation de liberté pour les mineurs isolés étrangers, ceux-ci ne devant en aucun cas être placés en zone d'attente ou en rétention administrative. Pour la CNCDH, les pouvoirs publics doivent considérer que le fait pour un mineur d'être isolé et étranger emporte une présomption de danger, qui fonde, à son tour, le droit d'accéder à la protection du juge des enfants. En conséquence, les mineurs isolés étrangers doivent recevoir une protection judiciaire et le soutien de l'aide sociale à l'enfance.

Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme

Assemblée plénière du 25 septembre 2014

(Adoption à l'unanimité)

1. Le 9 juillet 2014, un projet de loi *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* a été adopté en Conseil des ministres. Ce nouveau texte intervient dans un contexte extrêmement inquiétant où un nombre grandissant de jeunes français quittent le territoire de la République pour partir à l'étranger se former ou combattre dans des conflits armés au sein de groupements terroristes, bien souvent avant de revenir « aguerris » en France⁷⁹⁹. Si ces comportements présentent un risque réel et impliquent la plus grande vigilance des pouvoirs publics, l'extrême complexité de ce phénomène doit néanmoins être soulignée⁸⁰⁰. Certains ont pu partir par endoctrinement, par embrigadement ou par « idéalisme irréfléchi » sans vouloir passer à l'acte. D'autres ont pu, au retour, renoncer à toute action terroriste à l'épreuve des atrocités vécues. La grande diversité de ces situations conduit la CNCDH à mettre en garde contre toute approche trop simpliste ou réductrice du phénomène. Il convient absolument d'éviter tout processus d'étiquetage précoce et auto-réalisateur. Pour autant, la CNCDH partage pleinement les craintes du Gouvernement et ne peut que soutenir et encourager la mise en œuvre d'une politique d'envergure de prévention et de répression des actes terroristes⁸⁰¹. Si elle approuve sans naïveté la nécessité de mesures dissuasives en cette matière, elle considère, également et surtout, que le phénomène décrit plus haut doit être combattu par des mécanismes de prévention sociale et une politique interministérielle ambitieuse de « main tendue », en particulier en milieu scolaire, dans les quartiers « ghettoïsés » et dans

⁷⁹⁹ L'étude d'impact (2.1.2.) souligne qu'au 30 mai 2014, près de 320 individus (français ou résidant en France) combattaient en Syrie, 140 environ étaient repérés comme étant en transit pour rejoindre ce pays, un nombre équivalent était reparti de Syrie pour la France ou un pays tiers, plus de 180 avaient manifesté des velléités de départ, une trentaine de morts a été dénombrée au cours de combats en Syrie ou en Iraq. Le 15 septembre 2014, lors de la présentation du projet de loi en première lecture devant l'Assemblée nationale, le ministre de l'intérieur a précisé que « les effectifs combattants sont ainsi passés, depuis le 1^{er} janvier, de 224 à 350, comprenant au moins 63 femmes et 6 mineurs. Le nombre d'individus plus généralement impliqués dans les filières djihadistes, en incluant les personnes en transit, celles qui ont quitté la Syrie, et les individus ayant manifesté des velléités de départ, est passé, au cours de la même période, de 555 à 932, soit une augmentation de 74 % » (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2013-2014-extra2/20142007.asp#P302990>).

⁸⁰⁰ Voir notamment D. Thomson, *Les français djihadistes*, Les arènes 2014 ; Dounia Bouzar, *Ils cherchent le paradis, ils ont trouvé l'enfer*, Editions de l'Atelier 2014.

⁸⁰¹ Pour des propositions incluant le droit de l'Union européenne, voir Nicolas Catelan, Sylvie Cimamonti, Jean-Baptiste Perrier, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne. Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice*, Novembre 2012.

les établissements pénitentiaires où trop de jeunes ou de moins jeunes ont la conviction d'être sans avenir et sans espérance.

2. Le projet de loi, dont plusieurs dispositions sont relatives au droit de l'internet, a indéniablement le mérite de prendre acte d'une évolution sociétale majeure déjà relevée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : « *internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information* »⁸⁰². Cependant l'étude d'impact établit un constat alarmant : « *Internet constitue aujourd'hui le vecteur principal de la propagande, du recrutement et de l'incitation au terrorisme* »⁸⁰³. Cette utilisation néfaste du cyberspace par des individus ou groupes rattachés au terrorisme⁸⁰⁴ impose la définition de nouvelles stratégies et moyens de lutte destinés à empêcher que la liberté d'expression ne dégénère en apologie du terrorisme ou en appel à celui-ci. Pour la CNCDH, une réflexion générale portant sur l'internet et les droits fondamentaux⁸⁰⁵, ainsi que sur l'éventuelle définition d'un « ordre public numérique » doit être engagée⁸⁰⁶. La Cour de Strasbourg n'a-t-elle pas énoncé en ce sens que « *l'internet est certes un outil d'information et de communication qui se distingue particulièrement de la presse écrite, notamment quant à sa capacité à emmagasiner et diffuser l'information. Ce réseau électronique, desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde, n'est pas et ne sera peut-être jamais soumis aux mêmes règles et ni au même contrôle. Assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux* »⁸⁰⁷. Plusieurs dispositions du projet de loi répondent à cette inquiétude. La CNCDH en partage la philosophie, même si elle émettra des réserves sur certaines parties du projet qui lui paraissent pouvoir être améliorées dans le sens d'une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux.
3. Par ailleurs, le Gouvernement a, le 9 juillet 2014, engagé la procédure accélérée sur le projet de loi précité. Aussi, la CNCDH ne peut-elle que rappeler une nouvelle fois sa ferme opposition à la mise en œuvre de cette procédure dans une matière aussi sensible pour les

⁸⁰² Voir Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, considérant n° 12 ; Cour EDH 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. 3111/10, § 54.

⁸⁰³ *Etude d'impact*, 2.4.2. En 2005, la Commission européenne avait déjà relevé que « *l'utilisation d'internet comme moyen d'incitation à la radicalisation violente ou de recrutement des terroristes est extrêmement préoccupante compte-tenu de l'efficacité et de la portée mondiale, en temps réel d'internet* » (Commission européenne, *Le recrutement des groupes terroristes : combattre les facteurs qui contribuent à la radicalisation violente*, COM(2005) 313, 21 septembre 2005, p. 4). En France, cette question a été soulevée pour la première fois en 2006 dans le *Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme* (voir Secrétariat général de la défense nationale, *La France face au terrorisme. Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme*, La documentation française 2006, p. 29 et s.), puis, plus récemment, dans un rapport d'une commission d'enquête parlementaire présidée par Christophe Cavard (voir Assemblée nationale, *Rapport n° 1056 fait au nom de la Commission d'enquête sur le fonctionnement des services de renseignement français dans le suivi et la surveillance des mouvements radicaux armés*, Paris, le 24 mai 2013, p. 17 et s.).

⁸⁰⁴ Voir sur cette question Myriam Quémener, *Le terrorisme face au cyberspace. De l'anticipation des risques à la répression*, *AJ Pénal* 2013, p. 446 et s. ; Marc Knobel, *L'internet de la haine. Racistes, antisémites, néonazis, intégristes, islamistes, terroristes et homophobes à l'assaut du web*, Berg International Editeurs 2012.

⁸⁰⁵ Voir Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française 2014.

⁸⁰⁶ Un groupe de travail portant sur le racisme et la xénophobie sur internet a été constitué à la CNCDH. Un avis sera rendu dans les prochains mois. Sur cette question, voir déjà CNCDH 14 novembre 1996, *Avis portant sur le réseau Internet et les Droits de l'Homme*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH, 2004. *La lutte contre le racisme et la xénophobie. Le racisme et l'antisémitisme sur internet*, La documentation française 2005, p. 239 et s.

⁸⁰⁷ Cour EDH 5 mai 2011, *Comité de rédaction Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, req. n° 33014/05, § 63.

droits et libertés que la lutte contre le terrorisme⁸⁰⁸. En effet, la procédure accélérée ne permet pas un fonctionnement normal du Parlement, dès lors qu'elle restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit par ricochet à la qualité de la loi⁸⁰⁹. Elle présente certes un intérêt dans des circonstances exceptionnelles justifiant l'adoption d'une loi en urgence, mais de nombreux textes dont le caractère urgent n'est pas avéré et portant sur des sujets touchant aux droits et libertés fondamentaux sont adoptés selon cette procédure⁸¹⁰. A ce propos, il convient de préciser que le présent projet de loi a été élaboré dans le contexte de la récente affaire *Nemmouche* et moins de deux ans après une loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *sur la Sécurité et la lutte contre le terrorisme*. Une urgence qui étonne d'autant plus qu'au lendemain de l'affaire *Merah*, survenue au mois de mars 2012, il est rapidement apparu que certains jeunes, acquis aux idées d'un islamisme radical, quittaient la France pour s'entraîner à l'étranger au maniement des armes avec le projet de revenir commettre des infractions sur le territoire français. Il aura donc fallu près de deux ans au Gouvernement pour réaliser l'urgence d'une réforme qui aurait pu se faire dans le cadre de celle de décembre 2012, dont plusieurs dispositions abordaient déjà cette question⁸¹¹. La CNCDH ne peut que déplorer cette prolifération de textes législatifs, relevant davantage de l'opportunité politique que du travail législatif réfléchi, et rendant le droit imprécis, voire indéchiffrable et contradictoire, pour les professionnels du droit et *a fortiori* pour le simple citoyen⁸¹². S'agissant plus précisément de la législation récente relative au terrorisme, la doctrine la plus autorisée a relevé ses faiblesses rédactionnelles, sources d'ambiguïtés et de redondances⁸¹³. Dans ces conditions, la CNCDH rappelle l'importance d'une politique pénale réfléchie, cohérente, stable et lisible, dont la qualité ne se mesure pas à son degré de réactivité aux faits divers ou aux circonstances du moment⁸¹⁴. L'empilement des réformes dans les domaines sécuritaire et pénal⁸¹⁵ révèle

⁸⁰⁸ Voir déjà CNCDH 20 décembre 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur : www.cncdh.fr

⁸⁰⁹ Dans ce sens CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

⁸¹⁰ A titre indicatif, tel a notamment été le cas de la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 *relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, de la loi n° 2008-174 du 25 février 2008 *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* ou encore de la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 *sur la sécurité et la lutte contre le terrorisme*.

⁸¹¹ A titre d'exemple, la loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 a étendu l'application de la législation française aux actes de terrorisme « *commis à l'étranger par un français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français* » (voir article 113-13 du code pénal). Sur cette question, voir Thomas Herran, *La nouvelle compétence française en matière de terrorisme. Réflexions sur l'article 113-13 du code pénal*, *Dr. Pénal* n° 4, avril 2013, étude n° 10.

⁸¹² Dans ce sens CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, *op. cit.*

⁸¹³ Yves Mayaud, *La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*, *AJ Pénal* 2013, p. 443 et s.

⁸¹⁴ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, *op. cit.*

⁸¹⁵ On peut ainsi citer, de manière non exhaustive : loi n° 99-515 du 23 juin 1999 *renforçant l'efficacité de la procédure pénale* ; loi n° 99-929 du 10 novembre 1999 *portant réforme du code de justice militaire et du code de procédure pénale* ; loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* ; loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels* ; loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000 *tendant à faciliter l'indemnisation des condamnés reconnus innocents et portant diverses dispositions de coordination en matière de procédure pénale* ; loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne* ; loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 *complétant la loi du 15 juin 2000* ; loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure* ; loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice* ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure* ; loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 *renforçant la lutte contre la violence routière* ; loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; loi n° 2004-811 du 13 août 2004 *de modernisation de la sécurité civile* ; loi n° 2005-67 du 28

malheureusement l'extrême segmentation des sujets traités et, trop souvent, une absence de réflexion d'ensemble⁸¹⁶.

4. La CNCDH constate, une fois de plus, que l'élaboration à un rythme effréné de projets de loi ne permet pas une évaluation complète et rigoureuse du droit en vigueur, de manière à ce que soit dressé un bilan de la pertinence et de l'efficacité des mesures existantes⁸¹⁷. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, ces textes doivent en effet être accompagnés d'une étude dite d'impact « *définiss[ant] les objectifs poursuivis par le projet de loi, recens[ant] les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et expos[ant] les motifs du recours à une nouvelle législation* »⁸¹⁸. La CNCDH insiste sur l'importance qu'elle attache à cette évaluation en relevant la pauvreté de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi *renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*. Ce document, qui ne comprend que peu d'éléments chiffrés, n'aborde jamais les incidences des nouvelles mesures sur l'organisation et le fonctionnement des juridictions administratives et judiciaires⁸¹⁹. Ces lacunes s'expliquent vraisemblablement par le fait que l'élaboration du projet de loi a été pilotée principalement par le ministère de l'intérieur, à l'instar des précédentes réformes intervenues en la matière. S'agissant de textes modifiant le code pénal et le code de procédure pénale, et de nature à restreindre certains droits et libertés fondamentaux, il eût été souhaitable qu'ils soient portés par le ministre de la Justice, ou au moins en étroite collaboration avec lui.
5. La procédure accélérée est d'autant plus inadaptée en l'espèce, que le consensus dont fait l'objet la lutte contre le terrorisme nuit à un débat de qualité : tout se passe comme si la simple invocation d'une plus grande efficacité de la lutte contre le terrorisme pouvait justifier l'adoption, sans aucune discussion, de mesures attentatoires aux libertés⁸²⁰. Dans le contexte actuel marqué par des années de dérive sécuritaire⁸²¹, la CNCDH se doit de réaffirmer avec force que les Etats ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée, dès lors que cela aboutirait

janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ; loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers ; loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 relative à la prévention et à la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ; loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ; loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public ; loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale ; loi n° 2011-266 du 14 mars 2011 relative à la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs ; loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue ; loi n° 2011-939 du 10 août 2011 relative à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs ; loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines ; loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 sur la sécurité et la lutte contre le terrorisme.

⁸¹⁶ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, op. cit. ; CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, JORF du 12 avril 2014, texte n° 48.

⁸¹⁷ CNCDH 15 avril 2010, *Avis sur l'élaboration des lois*, op. cit.

⁸¹⁸ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

⁸¹⁹ Pour un constat identique, voir Union Syndicale des Magistrats, *Observations de l'USM. Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Paris le 15 juillet 2014.

⁸²⁰ CNCDH 20 décembre 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, op. cit.

⁸²¹ CNCDH 27 mars 2014, *Avis sur le projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, op. cit.

à saper, voire détruire la démocratie au motif de la défendre⁸²². Cet effort constant pour « *raisonner la raison d'Etat* »⁸²³ ne doit pas faire oublier que c'est « *dans le cadre du droit, du droit international comme du droit constitutionnel, que la nécessaire lutte contre le terrorisme doit être menée. Faute de quoi les démocraties ruineraient les principes qui font leur force* »⁸²⁴. La lutte contre le terrorisme n'autorise pas tout. La plus grande victoire du terrorisme serait de mettre en péril l'Etat de droit⁸²⁵. A cet égard, la CNCDH ne peut que regretter qu'un certain nombre de dispositions du projet de loi fassent basculer dans le champ de la police administrative des mesures normalement répressives devant être entourées de toutes garanties relatives à la procédure pénale⁸²⁶. Elle déplore également l'extension du domaine des régimes procéduraux dérogatoires.

6. Enfin, en raison de cette procédure accélérée, la CNCDH n'a pu remplir de manière efficace sa mission consultative de gardienne des droits et libertés fondamentaux, qui implique de pouvoir éclairer les deux assemblées en temps utile. Elle a été contrainte de s'autosaisir dans l'urgence, alors même que le projet de loi avait déjà été délibéré en Conseil des ministres et n'a pu, dans un premier temps, que formuler des remarques sur ce texte par le biais d'une note de la Présidente adressée au ministre de l'intérieur, ainsi qu'aux deux commissions concernées. Les recommandations du présent avis, adopté dans un délai très bref, portent sur :

- l'interdiction de sortie du territoire (article 1^{er} du projet de loi) ;
- l'infraction d'entreprise individuelle terroriste (article 5 du projet de loi) ;
- le blocage administratif de l'accès aux sites internet incitant à commettre des actes terroristes ou en faisant l'apologie (article 9 du projet de loi) ;
- les dispositions relatives à la lutte contre l'apologie du terrorisme et la provocation à celui-ci (article 4 du projet de loi) ;
- l'extension du domaine des régimes procéduraux dérogatoires (articles 3, 6, 7, 12 et 13 du projet de loi) ;
- les dispositions relatives au régime des interceptions de sécurité (article 15 et 15 bis du projet de loi) ;
- la nécessité de mesures de prévention sociale.

I. L'INTERDICTION DE SORTIE DU TERRITOIRE (ARTICLE 1^{ER} DU PROJET DE LOI)

7. L'article 1^{er} du projet de loi modifie le code de la sécurité intérieure. Un nouvel article L.224-1 dispose : « *Tout ressortissant français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il projette :*

1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ;

⁸²² Voir Cour EDH 6 septembre 1978, *Klass c. R.F.A.*, Série A n° 28.

⁸²³ Voir Mireille Delmas-Marty (dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, PUF 1989.

⁸²⁴ E. Decaux, *Terrorisme et droit international des droits de l'homme*, in : Henry Laurens et Mireille Delmas-Marty (dir.), *Terrorismes. Histoire et droit*, CNRS Editions 2010, p. 304.

⁸²⁵ Dans ce sens voir Christine Lazerges, *Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux*, Mélanges Bernard Bouloc, Dalloz 2007, p. 573 et s.

⁸²⁶ Sur le développement des mesures préventives liberticides et l'apparition d'une « *prévention punitive* », voir Bernard E. Harcourt, *Preventing Injustice*, Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz 2014, p. 633 et s. ; Francesco Ragazzi, *Vers un multiculturalisme policier ? La lutte contre la radicalisation en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni*, Les études du CERI n° 206, SciencesPo / CERI (CNRS) 2014.

2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes et dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ».

Le projet de loi, tel qu'issu de la première lecture à l'Assemblée nationale, prévoit que cette interdiction est prononcée, par décision écrite et motivée du ministre de l'intérieur, pour une durée maximum de six mois. Elle pourra être renouvelée par cette même autorité aussi longtemps que les conditions en sont réunies et dans la limite de deux années à compter de l'interdiction initiale. Ces décisions peuvent être contestées dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, accompagné le cas échéant d'un référé suspension (article L. 521-1 du code de justice administrative), ou par la voie du référé liberté fondamentale de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁸²⁷. Aux termes de ce dernier texte, le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures.

8. Si les motifs de l'interdiction de sortie du territoire paraissent justifiés au regard de l'article 2-3 du Protocole n° 4 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH)⁸²⁸, la CNCDH tient néanmoins à exprimer ses plus grandes réserves au sujet de la procédure définie à l'article premier du projet de loi.
9. En premier lieu, l'article 1^{er} du projet de loi précise que l'interdiction de sortie du territoire peut être prononcée « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire » qu'une personne projette des déplacements à l'étranger pour l'un des motifs exposés plus haut. En pratique, l'interdiction de quitter le territoire sera décidée à partir de notes des services de renseignement émanant de la Direction générale de la sécurité intérieure (DGSI)⁸²⁹, c'est-à-dire de documents établis de façon non contradictoires, pouvant, dans certains cas, être couverts par le secret défense. Une affaire récente, celle dite de Tarnac, largement relayée par les médias, a apporté la preuve d'un risque de faillibilité des informations provenant des seuls services dépendant du ministère de l'intérieur. Le Conseil d'Etat exige, dans l'hypothèse d'une décision de l'administration fondée sur des « notes blanches », la production d'éléments précis lui permettant de se prononcer sur le

⁸²⁷ La liberté d'aller et de venir constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

⁸²⁸ Article 2 - « Liberté de circulation.

1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique ».

⁸²⁹ Créée par le décret n° 2014-445 du 30 avril 2014 relatif aux missions et à l'organisation de la Direction générale de la sécurité intérieure. La DGSI se substitue à la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) née en 2008 de la fusion de la Direction de la surveillance du territoire (DST) et de la Direction des renseignements généraux (RG).

bien-fondé de la décision attaquée⁸³⁰. Mais la CNCDH ne peut néanmoins que déplorer qu'une atteinte aussi grave à la liberté d'aller et de venir puisse reposer sur des appréciations exclusivement subjectives, alors même qu'elle devrait, pour ne pas encourir un risque d'arbitraire, être toujours fondée sur des critères objectifs destinés à en permettre le contrôle. En effet, les limitations à la liberté de mouvement doivent, pour la CNCDH, être justifiées par l'existence « *de faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif* » que l'individu en cause se prépare à commettre l'une des infractions visées par les nouvelles dispositions⁸³¹. Il est donc patent que la procédure définie à l'article 1^{er} du projet de loi ne respecte pas ces exigences minimales. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande une amélioration de ce texte par une définition claire et précise des critères objectifs justifiant l'interdiction de sortie du territoire, mesure dont le prononcé ne peut au demeurant se fonder sur un seul mode de preuve.

10. En deuxième lieu, il y a lieu de douter de l'efficacité d'une telle mesure, qui emporte le retrait et l'invalidation du passeport, dès lors que la France fait partie de l'espace Schengen. En ce sens, l'exposé des motifs du projet de loi reconnaît que l'interdiction de sortie du territoire « *ne permet pas à elle seule, d'interdire les déplacements des ressortissants français à l'intérieur de l'espace Schengen, qui peuvent s'effectuer sans passeport, ni à l'extérieur pour les destinations qui n'exigent que la présentation de la seule carte d'identité* ». Aussi, la question de l'efficacité de la nouvelle mesure conduit-elle nécessairement à celle de l'éventuel retrait de la carte nationale d'identité en sus du retrait et de l'invalidation du passeport. En ce sens, l'Assemblée nationale a retenu en première lecture que l'interdiction de sortie du territoire emporte retrait immédiat du passeport et de la carte nationale d'identité contre remise d'un récépissé permettant à l'intéressé de justifier de son identité⁸³². A ce propos, la CNCDH ne peut que rappeler que la liberté fondamentale d'aller et de venir comprend le droit de se déplacer hors du territoire français et que constitue une atteinte grave à cette liberté le retrait par l'autorité administrative du passeport et de la carte nationale d'identité d'une personne⁸³³. Il y a donc lieu de craindre que les dispositifs destinés à assurer la pleine efficacité de l'interdiction de sortie du territoire soient de nature à caractériser une violation flagrante du principe de proportionnalité, en raison de la multiplication des contraintes imposées aux personnes concernées. Celles-ci, qui se verront délivrer un récépissé, auront également grand mal à accomplir les actes de la vie courante (rechercher un emploi ou un logement, contracter un prêt, procéder à l'inscription scolaire des enfants, etc.), ce qui posera indéniablement problème au regard des exigences de l'article 8 de la CESDH garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. La détention d'un récépissé en lieu et place d'un passeport et d'une carte nationale d'identité est au demeurant extrêmement discriminante, stigmatisante, alors même que l'interdiction de sortie du territoire est une mesure préventive. C'est pourquoi, la CNCDH recommande aux pouvoirs

⁸³⁰ Voir notamment CE 6 novembre 2002, *Moon Sun Myung c. CNIL*, req. n° 194295 ; CE 1^{er} juin 2011, *Larbi A.*, req. n° 337992.

⁸³¹ Il s'agit de la définition donnée par la Cour européenne des droits de l'homme aux « *raisons plausibles de soupçonner* » la commission d'une infraction, condition *sine qua non* de la privation de liberté dont les garanties sont prévues à l'article 5-1 de la CESDH (voir par exemple Cour EDH 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, Série A n° 182, § 32).

⁸³² Cette modification a été initiée par la Commission des lois, voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2173 de Monsieur Sébastien Pietrasanta fait au nom de la Commission des lois (...) sur le projet de loi (n° 2110) renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, Paris, le 22 juillet 2014, p. 23.

⁸³³ CE, ordonnance du 2 avril 2001, *Ministre de l'intérieur c. Consorts Marcel*, req. n° 231965.

publics le plus grand discernement dans le prononcé des interdictions de sortie du territoire et un réexamen de la situation tous les trois mois.

11. En troisième lieu, la gravité de l'atteinte portée à la liberté fondamentale de quitter le territoire garantie par les textes internationaux et européens (articles 2-2 du protocole 4 de la CESDH et 12-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸³⁴) impose que la décision d'interdiction de quitter le territoire soit prise au plus haut niveau et assortie de garanties procédurales spécifiques. Pour cette raison, la CNCDH estime qu'il ne peut être dérogé ni au principe du contradictoire prévu à l'article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*⁸³⁵, ni au principe de motivation des décisions administratives défavorables découlant des articles 1^{er} et suivants de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*. Les limitations et dérogations relatives à l'urgence ou aux menaces à l'ordre public ne sauraient en aucun cas être invoquées pour restreindre ou exclure l'application de ces deux principes. La CNCDH recommande en conséquence l'organisation d'un débat contradictoire avant la prise de décision motivée par le ministre de l'intérieur, la présence d'un avocat étant de droit avec toutes les garanties effectives afférentes aux droits de la défense. En l'état actuel du texte, après première lecture à l'Assemblée nationale, il est prévu que la mesure est prononcée par décision écrite et motivée du ministre de l'intérieur, l'audition de l'intéressé, assisté d'un conseil ou représenté par un mandataire de son choix, étant différée⁸³⁶. Le projet de loi a indéniablement évolué depuis son passage en Conseil des ministres dans le sens d'une meilleure reconnaissance des garanties procédurales, ce dont la CNCDH se félicite. Cependant, elle regrette l'absence d'un véritable débat contradictoire, qui implique la présence de l'intéressé et de son conseil avant la prise de décision écrite et motivée du ministre de l'intérieur.

II. L'INFRACTION D'ENTREPRISE INDIVIDUELLE TERRORISTE (ARTICLE 5 DU PROJET DE LOI)

12. L'article 5 du projet de loi propose d'incriminer « *l'entreprise individuelle terroriste* » par le biais de la création d'un nouveau délit à l'article 421-2-6 du code pénal⁸³⁷. Il consacre la

⁸³⁴ Ces deux textes, rédigés en des termes identiques, disposent : « *toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* ».

⁸³⁵ « *Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales. Cette personne peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique.*

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables :

1° *En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ;*

2° *Lorsque leur mise en œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales ;*

3° *Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière ».*

⁸³⁶ L'alinéa 4 du nouvel article L. 224-1 du code de la sécurité intérieure dispose en effet : « *L'interdiction de sortie du territoire est prononcée par le ministre de l'intérieur pour une durée maximale de six mois à compter de sa notification. La décision est écrite et motivée. Le ministre de l'intérieur ou son représentant entend, sans délai, la personne concernée et au plus tard, quinze jours après que la décision lui a été notifiée* ».

⁸³⁷ A l'issue de la première lecture à l'Assemblée nationale, la rédaction du nouvel article 421-2-6 du code pénal est la suivante : « *Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission :*

1° *Soit d'un des actes de terrorisme mentionnés au 1° de l'article 421-1 ;*

possibilité de condamner à des peines allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement des personnes qui projettent de commettre seules un acte terroriste, prenant ainsi acte d'une nouvelle menace émanant d'individus agissant seuls ou en « microcellules »⁸³⁸.

13. La CNCDH estime que la création de nouvelles infractions doit strictement répondre au principe de nécessité des incriminations (articles 5 et 8 de la Déclaration de 1789)⁸³⁹ de manière à endiguer l'inflation pénale. Elle regrette que l'étude d'impact ne comprenne aucune recherche approfondie sur la pertinence de l'introduction dans le code pénal du nouveau délit, évaluant rigoureusement si les dispositifs existants ne permettent pas déjà de réprimer les comportements visés à l'article 5 du projet de loi.
14. Les nouvelles dispositions, qui évoquent « *l'acte préparé* », la « *préparation* » ou « *le fait de préparer* » la commission d'une infraction, laissent présager, à première lecture, qu'elles consacrent une nouvelle hypothèse d'actes préparatoires incriminés de façon autonome, comme cela existe déjà en droit pénal français (association de malfaiteurs par exemple)⁸⁴⁰ et dans le droit de l'Union européenne⁸⁴¹. Pour la CNCDH, ce type d'infraction porte atteinte au principe de légalité (articles 8 de la Déclaration de 1789 et 7 de la CESDH) et à la présomption d'innocence (article 9 de la Déclaration de 1789 et 6-2 de la CESDH) : en punissant un comportement très éloigné en amont de l'infraction pénale redoutée, l'incrimination d'actes préparatoires s'appuie nécessairement sur un élément matériel et un élément moral équivoques. A ce propos, il convient de rappeler qu'en droit français, le principe réside dans l'absence de répression des actes préparatoires, dès lors qu'en vertu de l'article 121-5 du code pénal, il n'y a pas de tentative punissable sans « *commencement d'exécution* »⁸⁴².

2° Soit d'un des actes de terrorisme mentionnés au 2° du même article, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ;

3° Soit d'un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes, lorsque cette préparation est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par :

a) Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ;

b) Et l'un des autres éléments matériels suivants :

- recueillir des renseignements relatifs à un lieu, à une ou plusieurs personnes ou à la surveillance de ces personnes ;

- s'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ;

- consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, sauf lorsque la consultation ou la détention résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou a pour objet de servir de preuve en justice ;

- avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes ou dans une zone où sont commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ».

⁸³⁸ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 1056, op. cit.*, p. 14.

⁸³⁹ Sur cette question, voir Raphaële Parizot, *Pour un véritable principe de nécessité des incriminations*, Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges, Dalloz 2014, p. 245 et s.

⁸⁴⁰ Voir sur ce point Xavier Pin, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Dalloz 2012, p. 148.

⁸⁴¹ Pour davantage de détails, voir Stefano Manacorda, *Les conceptions de l'Union européenne en matière de terrorisme*, in : Henry Laurens et Mireille Delmas-Marty (dir.), *op. cit.*, p. 201 et s.

⁸⁴² Cette notion évoque les proximités matérielle et temporelle avec la commission de l'infraction. A cet égard, les arrêts de la chambre criminelle visent tantôt l'acte « *tendant directement et immédiatement à la*

15. S'agissant de l'élément matériel du nouveau délit, il semble néanmoins que l'on puisse établir une distinction entre les comportements dont l'incrimination est prévue. Ceux qui consistent en l'action « *de détenir (...), de se procurer ou de fabriquer des objets ou substances de nature à créer un danger pour autrui* » impliquent une vraie matérialité dont le lien avec le projet terroriste peut être établi. La CNCDH estime en conséquence que ces comportements peuvent être incriminés à titre autonome. En revanche, l'action de « *rechercher* » évoque une conduite fort imprécise car située trop en amont du commencement d'exécution de l'infraction. Pouvant donner lieu à une appréciation dangereusement subjective, elle est de nature à poser de considérables problèmes de prévisibilité, au plan théorique, et de preuve, au plan pratique. On est bien confronté dans ce cas à des actes qui ne sont même pas encore « *préparatoires* » au sens juridique du terme, et dont le lien trop ténu avec l'infraction projetée exclut l'incrimination. C'est pourquoi, la CNCDH recommande la suppression de l'action de « *rechercher* ». Par ailleurs, les quatre comportements définis par le nouvel article 421-2-6 du code pénal le sont de manière alternative⁸⁴³. S'agissant d'actes antérieurs au commencement d'exécution, en principe non réprimés, la CNCDH estime en conséquence qu'une pluralité de faits matériels est nécessaire pour constituer l'infraction. Elle recommande donc au législateur de les définir avec une extrême précision, les actes incriminés ne devant en aucun cas, sous peine de violation du principe de légalité, porter sur la « *préparation de la préparation* » de l'infraction.
16. A cet égard, l'étude d'impact fait référence au paragraphe 89 du code pénal allemand permettant la poursuite d'individus isolés préparant des actes de terrorisme⁸⁴⁴. Ce texte, issu de la loi du 30 juillet 2009 *visant à lutter contre la préparation de graves attentats contre l'Etat*⁸⁴⁵ a fait l'objet de commentaires extrêmement critiques en Allemagne⁸⁴⁶. En effet, les incriminations introduites aux paragraphes 89 et suivants du code pénal concernent déjà la « *préparation de la préparation* »⁸⁴⁷, comme en atteste le paragraphe 89 a, II, n° 1 qui punit le simple fait d'adopter un comportement qui pourrait à l'avenir se révéler terroriste (tel un entraînement militaire ou l'apprentissage du maniement de certaines armes). De même, le paragraphe 89 b, alinéa 1 réprime le fait de prendre contact par courriel avec une organisation terroriste, dans le dessein de réaliser plus tard un attentat. Quant au paragraphe 91, il rend punissable le fait de mettre à disposition ou de télécharger sur Internet certains modes d'emploi dont le contenu pourrait servir à la perpétration d'un attentat (par exemple les plans de fabrication d'une bombe). Ces comportements sont extrêmement proches de ceux retenus en première lecture par l'Assemblée nationale qui a amendé l'article 5 du projet initial en exigeant que l'action de

consommation » (Cass. crim. 25 octobre 1962, *Rec. Dalloz* 1963, jurisp., p. 221), tantôt l'acte « *devant avoir pour conséquence directe de consommer le délit, celui-ci étant entré dans sa période d'exécution* » (Cass. crim. 15 mai 1979, *Rec. Dalloz* 1980, jurisp., p. 409, note Cambassedes), tantôt l'acte « *tendant directement et immédiatement à consommer le délit, celui-ci étant entré dans sa période d'exécution* » (Cass. crim. 3 mai 1974, *Bull.* n° 157).

⁸⁴³ Détenir, rechercher, se procurer ou fabriquer.

⁸⁴⁴ *Etude d'impact*, 2.5.2.

⁸⁴⁵ *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährlichender Gewalttaten, GVG : BGBl 2009, I, 2437.*

⁸⁴⁶ Voir Xavier Pin, *Chronique de droit pénal allemand, RIDP 2011*, p. 191 et s. ; H. Ratdke, M. Steinsiek, *Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen ?*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, www.zis-online.com, 9/2008, p. 383 et s. ; M. A. Zöller, *Willkommen in Absurdistan. Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2010, p. 607 et s.

⁸⁴⁷ Dans ce sens M. A. Zöller, *op. cit.*, p. 607 et s.

détenir, rechercher, se procurer ou fabriquer des objets ou substances de nature à créer un danger pour autrui soit complétée par un second sous-élément matériel, pouvant notamment consister en des repérages, en une formation au maniement des armes, à la fabrication d'engins explosifs ou au pilotage ou encore dans la consultation habituelle de sites internet provoquant au terrorisme. Au regard de ce qui a été précédemment exposé, dès lors que l'un de ces derniers comportements est combiné à l'action de rechercher, l'intégralité des actes réprimés est située au stade de la simple « *préparation de la préparation* » de l'infraction. La CNCDH retient à cet endroit une violation du principe de légalité, en raison du manque de clarté et donc de prévisibilité des conduites ainsi réprimées. Au-delà, elle partage les réserves de la doctrine allemande qui voit dans la pénalisation accrue d'actes antérieurs au commencement d'exécution, une résurgence inquiétante de la doctrine du « droit pénal de l'ennemi »⁸⁴⁸ : ce serait une « *victoire de la peur* », la victoire d'un droit pénal sécuritaire sur un droit pénal classique strictement encadré par le principe de légalité⁸⁴⁹.

17. S'agissant de l'élément moral, le nouvel article 421-2-6 du code pénal précise que les actes exposés précédemment doivent être « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». Pour la CNCDH, une définition plus précise de l'élément moral du nouveau délit s'impose, les nouvelles dispositions devant prévoir que les actes accomplis par l'individu isolé ne peuvent s'expliquer que par la volonté d'accomplir l'une des infractions visées par le nouveau texte⁸⁵⁰. A défaut, les actes incriminés seraient nécessairement équivoques. D'une part, la CNCDH tient à rappeler que l'élément moral de l'infraction terroriste est, en soi, un élément « à tiroirs », produit complexe de l'imbrication d'une volonté, d'une intention et d'un mobile, eux-mêmes parfois fondés sur de simples présomptions de fait destinées à réduire les difficultés probatoires de cet élément⁸⁵¹. D'autre part, que plus on remonte dans le temps de l'*iter criminis*, s'éloignant ainsi de l'instant de la commission de l'infraction finale, plus il devient délicat d'établir avec certitude la réalité exacte de cet élément. Au total, non seulement la qualité de la loi voulue par le principe de légalité criminelle se trouve nécessairement affectée par ce type d'incrimination, mais encore la présomption d'innocence (articles 9 de la Déclaration de 1789 et 6-2 de la CESDH), qui exige une preuve certaine et complète de la culpabilité, se voit également mise à mal. Si le nouvel article 421-2-6 du code pénal n'était pas amendé dans le sens que la CNCDH propose, le nombre de relaxes prononcées par les tribunaux correctionnels pourrait s'avérer important, en raison du « *flou de l'incrimination* » qui, on l'a vu, entraînerait inévitablement un « *flou dans l'administration de la preuve* ».

⁸⁴⁸ Sur la doctrine du droit pénal de l'ennemi, voir notamment Mireille Delmas-Marty, *Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain*, RSC 2009, p. 59 et s. ; Gunther Jakobs, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009, p. 7 et s. ; Xavier Pin, *Chronique de droit pénal allemand*, RIDP 2010, p. 277 et s.

⁸⁴⁹ Xavier Pin, *Chronique de droit pénal allemand*, RIDP 2011, p. 192.

⁸⁵⁰ Cette définition s'inspire de la théorie de l'acte univoque, qui a notamment été appliquée par la chambre criminelle pour distinguer le commencement d'exécution punissable des actes préparatoires non punissables (voir sur ce point Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel. Tome I. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^{ème} éd., Cujas 1997, n° 498, p. 632).

⁸⁵¹ En pratique, le ministère public devrait prouver que l'agent a la connaissance du danger pour autrui, que cette connaissance existe au moment de la fabrication ou de l'acquisition de tel ou tel produit, et en plus la connaissance que cette fabrication ou acquisition s'inscrit dans une entreprise à visée terroriste. Cela conduirait à multiplier les présomptions de fait pour consolider l'élément moral lorsqu'il se révélerait fragile.

III. LE BLOCAGE ADMINISTRATIF DE L'ACCES AUX SITES INTERNET INCITANT A COMMETTRE DES ACTES TERRORISTES OU EN FAISANT L'APOLOGIE (ARTICLE 9 DU PROJET DE LOI)

18. L'article 9 du projet de loi prévoit la possibilité pour l'autorité administrative d'ordonner aux fournisseurs d'accès à internet le blocage de l'accès aux sites incitant à commettre des actes terroristes ou en faisant l'apologie. Un tel mécanisme existe déjà en matière de pédopornographie depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 *d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*⁸⁵², le Conseil constitutionnel n'ayant constaté à cet endroit aucune violation de l'article 11 de la Déclaration de 1789 relatif à la liberté de communication⁸⁵³.
19. Toutefois, le blocage administratif de l'accès aux sites internet incitant à commettre des actes terroristes ou en faisant l'apologie est, pour la CNCDH, de nature à brouiller la distinction classique entre police administrative et police judiciaire. Le nouveau texte habilite l'autorité administrative à décider du blocage, alors même qu'une ou plusieurs infractions ont déjà été commises⁸⁵⁴. Il ne peut donc être considéré qu'il s'agit d'une mesure de police purement administrative destinée à prévenir la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de ceux-ci. Les nouvelles dispositions relèvent indéniablement du domaine de la police judiciaire dont la direction et le contrôle sont dévolus à l'autorité judiciaire, seule compétente pour la poursuite et la répression des infractions. Il est donc porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs (article 16 de la Déclaration de 1789)⁸⁵⁵. L'article 9 du projet de loi pose également question au regard des exigences de l'article 10 de la CESDH. Même si la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne semble pas fixée en la matière⁸⁵⁶, la CNCDH estime néanmoins l'intervention d'un juge nécessaire pour ordonner et contrôler le blocage d'un site internet⁸⁵⁷, dès lors que cette mesure constitue une ingérence grave dans la liberté d'expression et de communication⁸⁵⁸. En effet, toute

⁸⁵² Voir l'article 4 de la loi 14 mars 2011 modifiant l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *relative à la confiance dans l'économie numérique* : « Lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées au 1 du présent l les adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant aux dispositions de cet article, auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai ».

⁸⁵³ Cons. const. 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, considérant n° 8 : « Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées ne confèrent à l'autorité administrative que le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services de communication au public en ligne lorsque et dans la mesure où ils diffusent des images de pornographie infantile ; que la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé ; que, dans ces conditions, ces dispositions assurent une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

⁸⁵⁴ En effet, le nouvel article 6 I. 7 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 fonde le blocage administratif sur des « actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ».

⁸⁵⁵ Voir Cons. const. 19 janvier 2006, n° 2005-532 DC.

⁸⁵⁶ Voir Cour EDH 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. 3111/10. Voir également F. Tréguer, *Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *RDLF* 2013, chron. n° 13.

⁸⁵⁷ Dans ce sens voir Assemblée nationale, Commission *ad hoc* de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, *Recommandation sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme* (<http://www2.assemblee-nationale.fr/14/commissions/numerique/a-la-une/recommandation-sur-l-article-9-du-projet-de-loi-contre-le-terrorisme>), qui rappelle que le « préalable d'une décision judiciaire apparaît comme un principe essentiel, de nature à respecter l'ensemble des intérêts en présence, lorsqu'est envisagé le blocage de l'accès à des contenus illicites sur des réseaux numériques. Non seulement ce préalable constitue une garantie forte de la liberté d'expression et de communication, mais il vise aussi à préserver la neutralité des réseaux ».

⁸⁵⁸ Voir dans ce sens Cons. const. 10 mars 2011, n° 2011-625 DC.

restriction préalable à l'expression sur internet entraîne une présomption lourde d'incompatibilité avec l'article 10 de la CESDH⁸⁵⁹.

20. Pour la CNCDH, le pouvoir de bloquer l'accès à un site internet devrait être dévolu au juge des libertés, qui statuerait dans un délai bref de 48 ou 72 heures, sur saisine du parquet compétent, notamment à la suite d'un signalement auprès de la plateforme PHAROS⁸⁶⁰. A cet égard, il doit être rappelé que dans un avis récent sur la *refondation de l'enquête pénale*⁸⁶¹, la CNCDH a recommandé le renforcement du statut de l'actuel « *juge des libertés et de la détention* » de manière à instituer un authentique « *juge des libertés* » qui serait une fonction juridictionnelle spécialisée au sens de l'article 28-3 du statut de la magistrature, exercée par un magistrat du premier grade nommé par décret du Président de la République, ayant une compétence en matière de garantie judiciaire des droits et libertés fondamentaux⁸⁶². Enfin, l'intervention du juge des libertés doit nécessairement être subsidiaire, ce magistrat devant être saisi après que l'éditeur ou l'hébergeur a été mis en demeure par le parquet de retirer le contenu litigieux⁸⁶³.
21. La CNCDH est bien consciente du fait que le blocage des sites internet rencontre de nombreuses difficultés techniques (possibilités de contournement, risque de « surblocage », etc.)⁸⁶⁴. Afin qu'il ne soit porté aucune atteinte disproportionnée au droit à la vie privée ou au droit à la liberté d'expression, la CNCDH recommande tout particulièrement aux pouvoirs publics de recourir à une technologie efficace et fiable.

IV. LES DISPOSITIONS RELATIVES A LA LUTTE CONTRE L'APOLOGIE DU TERRORISME ET LA PROVOCATION A CELUI-CI (ARTICLE 4 DU PROJET DE LOI)

22. La provocation publique aux actes de terrorisme et l'apologie publique de tels actes sont aujourd'hui réprimées par la loi du 29 juillet 1881 qui encadre la liberté d'expression. L'article 4 du projet de loi prévoit d'inscrire ces infractions dans un nouvel article 421-2-5 du code pénal⁸⁶⁵, au motif qu'il ne s'agit pas « *d'abus de la liberté d'expression (...) mais*

⁸⁵⁹ Dans ce sens voir l'opinion concordante du juge Paulo Pinto de Albuquerque (sous Cour EDH 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, *op. cit.*) qui se réfère à l'affaire *Banatan Books, Inc. v. Sullivan* (372 U.S. 58 (1963) : « *Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity* »).

⁸⁶⁰ Voir l'arrêté du 16 juin 2009 portant création d'un système dénommé « PHAROS » (*plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements*), version consolidée au 12 octobre 2013.

⁸⁶¹ CNCDH 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, *JORF* du 10 mai 2014, texte n° 84.

⁸⁶² L'article 6 du projet de loi prévoit dans ce sens que l'arrêt d'un service de communication au public en ligne peut être prononcé par le juge des référés à l'encontre de l'éditeur de service pour des faits constitutifs d'une provocation directe à des actes de terrorisme ou d'apologie de ceux-ci (*cf.* article 706-23 nouveau du code de procédure pénale).

⁸⁶³ *Comp. Assemblée nationale, Rapport n° 2173, op. cit.*, p. 27, qui estime que le blocage d'un site internet décidé par l'administration doit être une mesure subsidiaire par rapport au retrait du contenu par l'éditeur ou l'hébergeur.

⁸⁶⁴ Voir Conseil national du numérique, *Avis n° 2014-3 sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, en ligne : <http://www.cnumerique.fr/terrorisme>.

⁸⁶⁵ A l'issue de la première discussion à l'Assemblée nationale, le nouvel article 421-2-5 du code pénal est rédigé de la manière suivante :

« I. Le fait, par quelque moyen que ce soit, de provoquer directement à des actes de terrorisme est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende lorsque les faits sont commis de façon publique.

II. Le fait, publiquement, par quelque moyen que ce soit, de faire l'apologie des actes de terrorisme est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

de faits qui sont directement à l'origine d'actes terroristes ». Par ce biais, il s'agit une nouvelle fois d'écarter l'application de la procédure pénale protectrice spécifique aux délits de presse⁸⁶⁶, afin d'accroître les pouvoirs des enquêteurs, qui seraient juridiquement habilités à réaliser des actes d'investigation dans le cadre du régime dérogatoire relatif aux infractions terroristes (voir *infra* V.). Les nouvelles dispositions sont de « véritables sorties du droit pénal de la presse pour contrarier le principe de mesure dont il s'inspire au nom des libertés de pensée, d'expression et d'opinion »⁸⁶⁷.

23. Pour la CNCDH, la procédure pénale spécifique aux délits de presse permet de montrer à la Cour de Strasbourg et aux instances européennes, que, même en l'absence de dépenalisation de notre droit de la communication - dépenalisation souhaitée par le Conseil de l'Europe⁸⁶⁸ -, le droit français en la matière est conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 10 de la CESDH⁸⁶⁹. En effet, la CNCDH est en principe opposée à l'introduction dans le code pénal d'infractions relatives à la liberté d'expression, celles-ci ne pouvant être poursuivies qu'en application des règles procédurales spécifiques définies par la loi du 29 juillet 1881. En revanche, « lorsque le législateur veut incriminer spécifiquement certains comportements en rapport plus ou moins lointain avec la communication, et les réprimer fermement, il est préférable qu'il le fasse dans le cadre du code pénal et non dans celui de la loi de 1881, qui y perd son âme... »⁸⁷⁰.
24. Afin de mettre en œuvre ces principes directeurs, il doit être relevé que le nouvel article 421-2-5 du code pénal ne distingue pas entre provocation suivie d'effet et provocation non suivie d'effet, comme le font à ce jour les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881. Par voie de conséquence, le nouveau texte englobe ces deux types de provocation⁸⁷¹. A ce propos, il doit être précisé que l'article 4 du projet de loi supprime l'alinéa 6 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la provocation non suivie d'effet en matière de terrorisme, sans modifier parallèlement l'article 23 de cette même loi incriminant la provocation suivie d'effet dans la même matière. Celle-ci est donc susceptible d'être réprimée à la fois sur le fondement du code pénal et sur celui de la loi du 29 juillet 1881, en cas de provocation à des crimes ou délits terroristes. La CNCDH recommande de supprimer ce doublon et d'harmoniser les textes précités.

III. Lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne, les peines prévues au premier alinéa du I sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende et celles prévues au second alinéa du I et au II sont portées à 7 ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende.

Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

⁸⁶⁶ La loi précitée n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 a déjà permis de placer en détention provisoire les personnes poursuivies pour provocation au terrorisme ou apologie du terrorisme et allongé de 3 mois à un an le délai de prescription de l'action publique exercée de leur chef (voir les articles 52 et 65-3 de la loi du 29 juillet 1881).

⁸⁶⁷ Cf. Yves Mayaud, *op. cit.*, p. 446.

⁸⁶⁸ Voir Marie-Françoise Bechtel, *Rapport n° 409 au nom de la Commission des lois (...) sur le projet de loi (...) relatif à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, Assemblée nationale 14 novembre 2012, p. 54.

⁸⁶⁹ CNCDH 20 décembre 2012, *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ Le droit français est sur ce point conforme à la Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil de l'UE en date du 28 novembre 2008 modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme. Aux termes de ce document, l'incitation à commettre des actes de terrorisme doit être réprimée, qu'elle soit ou non suivie d'effet.

25. Par ailleurs et surtout, la distinction entre provocation suivie d'effet (article 23 de la loi du 29 juillet 1881) et provocation non suivie d'effet (article 24 de la loi du 29 juillet 1881) a un sens : en bref, la première « particularise » un cas de complicité avec cet avantage que le juge est dispensé de l'obligation d'apporter la preuve de l'un des adinicules de l'article 121-7, alinéa 2 du code pénal (don, promesse, etc...). La seconde, elle, rend punissable, en en faisant un délit autonome, un cas de complicité qui ne le serait pas faute d'infraction principale (« non suivie d'effet »). Dans l'hypothèse d'une provocation suivie d'effet (la commission d'actes de terrorisme), on sort du champ de la liberté d'expression pour entrer dans celui de la protection des personnes. L'enjeu de la lutte contre le terrorisme devient d'autant plus prépondérant, dès lors qu'il s'agit, comme c'est le cas dans le nouvel article 421-2-5 du code pénal, d'une provocation « directe », matérialisée par des écrits ou des propos précisant explicitement les actes appelés par la provocation. En revanche, dans l'hypothèse d'une provocation non suivie d'effet, l'acte répréhensible reste dans le champ de la liberté d'expression. Au regard de ce qui précède, si la CNCDH n'est pas opposée à l'introduction dans le code pénal de la provocation publique suivie d'effet, elle estime que la provocation publique non suivie d'effet doit demeurer dans la loi du 29 juillet 1881. Il en est à plus forte raison de même s'agissant de l'apologie publique du terrorisme, qui doit continuer à relever des dispositions spécifiques du droit de la presse.

V. L'EXTENSION DU DOMAINE DES REGIMES PROCEDURAUX DEROGATOIRES (ARTICLES 3, 6, 7, 12 ET 13 DU PROJET DE LOI)

26. L'article 6 du projet de loi modifie ou complète les dispositions du code de procédure pénale, afin que le délit de provocation directe aux actes de terrorisme commise de façon publique et celui d'apologie de ces actes ne soient soumis qu'à certaines des règles applicables en matière de terrorisme et non à l'intégralité du régime dérogatoire⁸⁷². A ce propos, la CNCDH ne peut que s'inquiéter de ce que la poursuite et la répression de ces infractions, gouvernées aujourd'hui par les règles de procédure pénale protectrices de la loi du 29 juillet 1881 et dont le projet de loi prévoit leur transfert dans le code pénal, soient en voie de relever de certaines dispositions du régime dérogatoire des infractions de terrorisme particulièrement attentatoire aux droits et libertés fondamentaux. Une atteinte au principe de proportionnalité, garanti tant au plan constitutionnel qu'europpéen, est à craindre. Il en est à plus forte raison de même s'agissant :

- de l'article 3 du projet de loi qui ajoute à la liste des actes de terrorisme les infractions définies aux articles 322-6-1⁸⁷³ et 322-11-1⁸⁷⁴ du code pénal, aux fins de

⁸⁷² A titre d'exemple, s'agissant de la provocation publique à des actes de terrorisme et de l'apologie de ceux-ci, l'article 6 du projet de loi, dans sa version issue de la première lecture à l'Assemblée nationale, soumet la répression de ces infractions au régime dérogatoire, à l'exception des règles spécifiques relatives à la prescription de 20 ans, de celles relatives aux perquisitions et de celles relatives à la garde à vue.

⁸⁷³ Article 322-6-1 du code pénal : « *Le fait de diffuser par tout moyen, sauf à destination des professionnels, des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction élaborés à partir de poudre ou de substances explosives, de matières nucléaires, biologiques ou chimiques, ou à partir de tout autre produit destiné à l'usage domestique, industriel ou agricole, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 Euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion des procédés, un réseau de communication électronique à destination d'un public non déterminé* ».

⁸⁷⁴ Article 322-11-1 du code pénal : « *La détention ou le transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, des*

permettre l'application du régime dérogatoire en matière de poursuite, d'instruction et de jugement des actes de terrorisme défini aux articles 706-16 et suivants du code de procédure pénale ;

- de l'article 7 du projet de loi qui étend la compétence du pôle antiterroriste de Paris dès lors qu'une personne prévenue, condamnée, recherchée dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen ou réclamée dans le cadre d'une procédure d'extradition pour des actes de terrorisme, est poursuivie pour des infractions commises en détention, pour des infractions d'évasion, de non-respect de l'assignation à résidence et de non-respect de l'interdiction de sortie du territoire. Notons qu'en première lecture, l'Assemblée nationale a encore davantage élargi la compétence de cette juridiction spécialisée d'une part, aux délits de facilitation et de tentative d'évasion prévus aux articles 434-28 à 434-37 du code pénal ainsi que, d'autre part, au délit d'association de malfaiteurs, prévu à l'article 450-1 de ce code, visant à préparer l'évasion d'une personne détenue, prévenue ou condamnée pour des faits de terrorisme.

27. Pour la CNCDH, les infractions visées par les nouveaux textes ne sont indéniablement pas suffisamment complexes et graves au point de justifier une aggravation, même partielle, du régime procédural applicable⁸⁷⁵. Il en résulte une violation flagrante du principe de proportionnalité. La CNCDH entend également rappeler que l'extension d'un régime dérogatoire, qui emporte des restrictions importantes des droits et libertés fondamentaux, ne peut être décidée dans la précipitation inhérente à une procédure accélérée et sans évaluation préalable rigoureuse et détaillée.
28. Par ailleurs, l'article 12 du projet de loi modifie les textes du code pénal réprimant les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat en prévoyant pour ces infractions une circonstance aggravante de commission en bande organisée. Il s'agit là d'élargir les pouvoirs des enquêteurs par le biais de la mise en œuvre des dispositions relatives au régime dérogatoire de la criminalité organisée, à l'exception des règles spécifiques relatives à la garde à vue et de celles relatives aux perquisitions. Dans le même sens, l'article 13 du projet de loi étend le champ d'application de l'enquête sous pseudonyme en la généralisant à l'ensemble des infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisée (y compris les

infractions définies à l'article 322-6 ou d'atteintes aux personnes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende lorsque ces faits sont commis en bande organisée.

Hors les cas prévus aux deux premiers alinéas, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende la détention ou le transport sans motif légitime :

1° De substances ou produits explosifs permettant de commettre les infractions définies à l'article 322-6, lorsque ces substances ou produits ne sont pas soumis, pour la détention ou le transport, à un régime particulier ;

2° De substances ou produits incendiaires permettant de commettre les infractions définies à l'article 322-6 ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs, lorsque leur détention ou leur transport ont été interdit par arrêté préfectoral en raison de l'urgence ou du risque de trouble à l'ordre public ».

⁸⁷⁵ Cf. Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

infractions à caractère terroriste), lorsqu'elles sont commises par un moyen de communication électronique.

29. La CNCDH déplore la multiplication de ce type de dispositions dérogatoires manifestant la « *banalisation d'un droit d'exception* »⁸⁷⁶. Elle se doit de rappeler que, selon elle, plus l'infraction est grave, plus la protection du présumé innocent s'impose, et de réitérer sa ferme opposition au maintien de tels régimes dérogatoires⁸⁷⁷. Ceux-ci sont en outre à l'origine d'un éclatement de la procédure pénale : à chaque infraction ou type d'infraction correspond un régime procédural spécifique découlant de l'applicabilité de l'intégralité ou d'une partie seulement du régime dérogatoire (terrorisme, criminalité organisée)⁸⁷⁸. C'est la qualification retenue en tout début de procédure qui va déterminer le régime procédural. Il y a place à cet endroit pour un véritable détournement de la procédure de droit commun au bénéfice d'une procédure d'exception dès lors que la qualification retenue *in fine* est autre⁸⁷⁹. Cet éclatement de la procédure pénale a enfin pour conséquence fâcheuse de rendre le code de procédure pénale illisible, en raison de l'emploi récurrent de la technique du renvoi législatif, aux fins de détermination des règles procédurales dérogatoires applicables. L'accessibilité et la qualité de la loi sont mises à mal. Le travail des magistrats du parquet, des juges d'instruction et des juridictions de jugement en est rendu d'autant plus difficile.

VI. LES DISPOSITIONS RELATIVES AU REGIME DES INTERCEPTIONS DE SECURITE (ARTICLE 15 ET 15 BIS DU PROJET DE LOI)

30. S'agissant des interceptions de sécurité, l'article 15 du projet de loi modifie l'article L. 242-6 du code de la sécurité intérieure en faisant passer de 10 à 30 jours le délai de conservation des enregistrements. En l'état actuel du texte, la brièveté du délai impose la transcription rapide de ceux-ci, afin que la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (CNCIS) puisse immédiatement remplir sa mission de contrôle, en confrontant le contenu des enregistrements à celui de leur transcription. Du fait de l'augmentation du délai prévue par le projet de loi, des enregistrements pourront demeurer 30 jours sans transcription, ce qui entraîne un risque non négligeable de déperdition, voire de divulgation du renseignement. Cet allongement du délai a également pour conséquence fâcheuse de retarder le contrôle de la CNCIS et de le rendre ainsi quasi inefficace. En pratique, des personnes pourraient être écoutées pendant de nombreuses heures, sans que cela soit justifié au regard des dispositions du code de la sécurité intérieure et sans que la CNCIS puisse recommander promptement qu'il soit mis fin à l'interception. Par voie de conséquence, les nouvelles dispositions sont de nature à porter une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée garanti à l'article 8 de la CESDH. La CNCDH recommande la suppression de l'article 15 du projet de loi.

⁸⁷⁶ Voir Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette 2005, p. 172.

⁸⁷⁷ Voir CNCDH 6 janvier 2011, *Avis sur le projet de loi relatif à la garde à vue*, en ligne sur : www.cncdh.fr ; CNCDH 29 avril 2014, *Avis sur la refondation de l'enquête pénale*, *op. cit.*

⁸⁷⁸ Voir Christine Lazerges, *Dédoublement de la procédure pénale et garantie des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 573 et s. Sur les incidences de l'extension des procédures dérogatoires, voir C. Lazerges, *La dérive de la procédure pénale*, *RSC* 2003, p. 644 et s. ; Eliette Rubi-Cavagna, *L'extension des procédures dérogatoires*, *RSC* 2008, p. 23 et s. ; Marc Touillier, *L'évolution des procédures spéciales et dérogations*, in : *Les Nouveaux Problèmes Actuels de Sciences Criminelles*, Tome XXIV, PUAM 2013, p. 46 et s.

⁸⁷⁹ CNCDH 27 mars 2003, *Avis sur l'avant-projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité*, en ligne sur : www.cncdh.fr.

31. Par ailleurs, la Commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté un amendement modifiant l'article L. 244-2 du code de la sécurité intérieure (voir l'article 15 bis du projet de loi adopté par la Commission des lois)⁸⁸⁰ pour permettre à l'administration pénitentiaire de recueillir directement et par tout moyen technique, des données de connexion concernant les personnes détenues faisant usage d'un téléphone cellulaire clandestin⁸⁸¹. Ces nouvelles dispositions brouillent, une fois de plus, la distinction classique entre police administrative et police judiciaire, dès lors que le nouveau dispositif va, en pratique, révéler l'existence d'infractions pénales déjà commises. A cet égard, il convient de rappeler :

- que le fait de communiquer avec une personne détenue via un téléphone portable ou de lui remettre un tel objet est constitutif d'une infraction pénale (article 434-35 du code pénal) dont cette personne est la complice ;
- qu'en l'absence d'infraction spécifique, une personne détenue faisant usage en détention d'un téléphone portable peut être poursuivie pour recel d'objet provenant d'un délit⁸⁸² ou pour complicité, s'il est prouvé qu'elle a donné des instructions pour faire entrer illégalement le téléphone cellulaire dans un établissement pénitentiaire⁸⁸³.

32. Dans ces conditions, il ne peut être raisonnablement considéré que les nouvelles prérogatives de police administrative conférées à l'administration pénitentiaire ont pour seule et unique fin de « *prévenir* » la commission d'actes de terrorisme⁸⁸⁴. Elles sont en réalité destinées avant tout à constater des infractions à la loi pénale, à en rassembler les preuves et à en rechercher les auteurs. L'objectif étant de « *réprimer* » l'usage de téléphones portables au sein des établissements pénitentiaires, il est patent que des mesures de police purement administrative, relevant de la responsabilité du seul pouvoir exécutif, sont détournées à des fins de police judiciaire, dont la direction et le contrôle sont dévolus à l'autorité judiciaire⁸⁸⁵. Pour cette raison, la CNCDH estime que le principe de la séparation des pouvoirs est violé (article 16 de la Déclaration de 1789)⁸⁸⁶. Enfin, il est à craindre que pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions, l'administration pénitentiaire recoure à la technologie dite de « *l'IMSI-catching* », qui permet de recueillir

⁸⁸⁰ L'article 15 bis propose de rajouter deux alinéas à l'article L. 244-2 du code de la sécurité intérieure rédigés de la manière suivante :

« *Les informations ou documents mentionnés au premier alinéa concernant une personne détenue dans un établissement pénitentiaire peuvent également être recueillis directement et par tout moyen technique par les services compétents de l'administration pénitentiaire.*

La Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité dispose d'un accès permanent au dispositif de recueil des informations ou documents mis en œuvre en application de l'alinéa précédent afin de procéder aux contrôles nécessaires et notamment de s'assurer que les seules données collectées sont celles mentionnées à l'alinéa précédent et qu'elles concernent uniquement des personnes détenues. En cas de manquement, elle adresse une recommandation au ministre en charge de l'administration pénitentiaire. Celui-ci fait connaître à la commission, dans un délai de quinze jours, les mesures prises pour remédier au manquement constaté ».

⁸⁸¹ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2173, op. cit.*, p. 24.

⁸⁸² Cass. crim. 24 octobre 2007, n° 07-81583.

⁸⁸³ CA Grenoble 13 février 2002, n° 01-00543 ; CA Douai 23 juin 2004, *Dr. Pénal* 2005, comm. n° 18, obs. Véron.

⁸⁸⁴ Voir Assemblée nationale, *Rapport n° 2173, op. cit.*, p. 24 et 25, qui justifie avant tout les nouvelles prérogatives de police administrative conférées à l'administration pénitentiaire par la nécessité de lutter contre l'usage frauduleux des téléphones portables par les personnes détenues. La question de la radicalisation violente n'est au demeurant évoquée que de manière incidente.

⁸⁸⁵ Voir Cons. const. 19 janvier 2006, *op. cit.*

⁸⁸⁶ *Ibid.*

les données de connexion de toutes les personnes détenant un téléphone cellulaire dans une zone géographique déterminée. Pour la CNCDH, la mise en œuvre d'un tel procédé technique comporte un risque majeur d'atteinte au droit à la vie privée garanti à l'article 8 de la CESDH, dès lors que les données de connexion de personnes non suspectées d'actes de terrorisme et se trouvant dans le périmètre d'action de « *l'IMSI-catcher* » (riverains, avocats, magistrats et autres personnels de justice, agents de l'administration pénitentiaire, *etc.*) seront inévitablement interceptées à leur insu. Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut qu'approuver la suppression de l'article 15 bis par l'Assemblée nationale en première lecture.

CONCLUSION

33. La CNCDH regrette que le projet de loi ne fixe pas au Gouvernement un délai pour présenter un « plan national de prévention des actes de terrorisme », alors même que le programme de Stockholm enjoint aux Etats membres de l'Union européenne « *d'élaborer des mécanismes de prévention, en particulier pour permettre la détection précoce des signes de radicalisation ou des menaces, y compris celles qui émanent des mouvements extrémistes violents* »⁸⁸⁷. L'Union européenne a financé à partir de 2005 plusieurs missions de recherche visant à identifier les causes de la radicalisation violente et les outils de lutte contre celle-ci⁸⁸⁸. Ces études constituent une référence incontournable pour développer et renforcer les dispositifs de lutte contre la « radicalisation violente »⁸⁸⁹, en particulier en milieu scolaire, dans les quartiers « ghettoïsés » et dans les établissements pénitentiaires où trop de mineurs et de jeunes adultes ont la conviction d'être sans avenir et sans espérance. A ce propos, il convient de préciser que les causes d'une telle radicalisation résident dans « *une impression de discrimination (qu'elle soit réelle ou ressentie), l'exclusion sociale, les humiliations et les traumatismes, le rejet des valeurs de la société dans laquelle on vit, l'absence d'intégration et une faible opinion de soi-même* »⁸⁹⁰. La CNCDH recommande que les mineurs qui se sont engagés à l'étranger dans des entreprises terroristes et qui reviennent en France, fassent l'objet d'un accompagnement particulier par la justice des mineurs, au titre de l'enfance en danger ou de l'enfance délinquante. Elle recommande enfin un renforcement du soutien, par la politique de la ville, des jeunes sans projet dans les quartiers les plus difficiles.

LISTE DES PRINCIPALES RECOMMANDATIONS

Recommandation n° 1. La CNCDH recommande aux pouvoirs publics de ne pas prendre, au nom de la lutte contre le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée, dès lors qu'elle conduirait à fragiliser voire saper l'Etat de droit au motif de le défendre.

⁸⁸⁷ Conseil de l'UE, *Programme de Stockholm : Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège ses citoyens*, 17024/09, 2 décembre 2009, p. 51.

⁸⁸⁸ Pour une présentation synthétique de ces études, voir Nicolas Catelan, Sylvie Cimamonti et Jean-Baptiste Perrier, *op. cit.*, p.60 et s.

⁸⁸⁹ Voir Nicolas Catelan, Sylvie Cimamonti et Jean-Baptiste Perrier, *op. cit.*, p. 57, qui soulignent que la radicalisation violente est le trait commun à l'ensemble des formes de terrorisme.

⁸⁹⁰ Voir Commission européenne, *Le recrutement des groupes terroristes : combattre les facteurs qui contribuent à la radicalisation violente*, COM(2005) 313, 21 septembre 2005.

Elle rappelle avec force que la lutte contre le terrorisme n'autorise pas tout et que la plus grande victoire du terrorisme serait de mettre en péril l'Etat de droit.

Recommandation n° 2. La CNCDH recommande le plus strict respect des dispositions de l'article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 imposant, avant toute modification de la législation, une évaluation complète et rigoureuse du droit en vigueur, afin que soit dressé un bilan de la pertinence et de l'efficacité des mesures existantes. Un tel bilan a pour avantage d'éviter un empilement de réformes segmentées et disparates, loin d'une politique pénale réfléchie, cohérente, stable et lisible.

Recommandation n° 3. La CNCDH recommande d'améliorer la rédaction de l'article L.224-1 du code de la sécurité intérieure par une définition claire et précise de critères objectifs justifiant l'interdiction de sortie du territoire. Elle estime que le prononcé d'une telle mesure, portant gravement atteinte à la liberté d'aller et de venir, ne peut être fondé sur des appréciations exclusivement subjectives des services dépendant du ministère de l'intérieur.

Recommandation n° 4. La CNCDH recommande aux pouvoirs publics le plus grand discernement dans le prononcé des interdictions de sortie du territoire et un réexamen de la situation de l'intéressé tous les trois mois. A cet égard, elle rappelle que le retrait du passeport et de la carte d'identité contre remise d'un récépissé portent atteinte, en raison de la multiplication des contraintes imposées aux personnes concernées, au principe de proportionnalité, au principe de non-discrimination et au droit au respect de la vie privée et familiale.

Recommandation n° 5. La CNCDH recommande, s'agissant toujours de l'interdiction de sortie du territoire, l'organisation d'un débat contradictoire avant la prise de décision écrite et motivée du ministre de l'intérieur, la présence d'un avocat étant de droit avec toutes les garanties effectives afférentes aux droits de la défense.

Recommandation n° 6. La CNCDH recommande au législateur d'être extrêmement vigilant quant au caractère exceptionnel de la répression d'actes simplement préparatoires. Le fait de punir un comportement très éloigné en amont de l'infraction pénale redoutée est de nature à porter atteinte au principe de légalité et à la présomption d'innocence.

Recommandation n° 7. La CNCDH recommande, s'agissant de l'élément matériel du délit d'entreprise individuelle terroriste, de supprimer au sein du nouvel article 421-2-6 du code pénal toutes les dispositions évoquant un comportement trop en amont du commencement d'exécution de l'infraction, telle notamment l'action de « rechercher ». La CNCDH recommande en outre de définir de manière précise l'élément moral de ce nouveau délit.

Recommandation n° 8. La CNCDH recommande que le pouvoir de bloquer l'accès à un site internet soit dévolu au juge des libertés et de la détention, qui statuerait dans un délai bref de 48 ou 72 heures, sur saisine du parquet compétent. En outre, l'intervention du juge des libertés doit nécessairement être subsidiaire, ce magistrat devant être saisi après que l'éditeur ou l'hébergeur a été mis en demeure par le parquet de retirer le contenu litigieux.

Recommandation n° 9. La CNCDH recommande de ne pas inscrire dans le code pénal la provocation publique aux actes de terrorisme non suivie d'effet, ainsi que l'apologie publique du terrorisme. Ces deux incriminations, qui relèvent du champ de la liberté d'expression, doivent continuer à être régies par les dispositions spécifiques du droit de la presse.

Recommandation n° 10. La CNCDH recommande la simplification du livre quatrième du code de procédure pénale, en rappelant sa ferme opposition au maintien des régimes dérogatoires attentatoires aux libertés individuelles.

Recommandation n° 11. La CNCDH recommande la suppression de l'article 15 du projet de loi faisant passer de 10 à 30 jours le délai de conservation des enregistrements relatifs aux interceptions de sécurité.

Recommandation n° 12. La CNCDH recommande de ne pas permettre à l'administration pénitentiaire de recueillir directement et par tout moyen technique, des données de connexion concernant les personnes détenues faisant usage d'un téléphone cellulaire clandestin. Elle approuve en conséquence la suppression de l'article 15 bis du projet de loi par l'Assemblée nationale en première lecture.

Recommandation n° 13. La CNCDH recommande que les mineurs qui se sont engagés à l'étranger dans des entreprises terroristes et qui reviennent ultérieurement en France, fassent l'objet d'un accompagnement particulier par la justice des mineurs, au titre de l'enfance en danger ou de l'enfance délinquante. Elle recommande enfin un renforcement du soutien, par la politique de la ville, des jeunes sans projet dans les quartiers les plus difficiles.

**Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers
présents sur le territoire national.
Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux
modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (dispositif
national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation)**

Assemblée plénière du 26 juin 2014

(Adoption à l'unanimité)

1. Alors que la France est confrontée depuis quelques années à l'arrivée sur son territoire de mineurs isolés étrangers (MIE)⁸⁹¹, la prolifération de discours sécuritaires, voire xénophobes, « affolant » l'opinion publique⁸⁹², provoque un climat de suspicion généralisée à l'encontre de ces jeunes⁸⁹³ dont le droit fondamental le plus élémentaire est celui d'obtenir une protection de la part des autorités (article 20 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ci-après CIDE)⁸⁹⁴. Dans ce contexte, les craintes exprimées d'afflux massif doivent d'emblée être ramenées à de plus justes proportions, dès lors que, contrairement à ce qui est parfois affirmé, il n'y a pas eu d'augmentation importante du nombre de MIE sur le territoire français ces dernières années⁸⁹⁵ : « *En réalité, pendant longtemps, l'Etat a (sciemment ?) sous-estimé ce phénomène en ne reconnaissant « que » la prise en charge de 4.000, MIE alors même que les associations estimaient leur présence réelle à 8.000* »⁸⁹⁶. A ce jour, les données chiffrées demeurent lacunaires, les estimations variant de 4.000 à 9.000 MIE⁸⁹⁷ (provenant principalement de Guinée, du Nigéria, de Côte d'Ivoire, de République démocratique du Congo, du Mali, du Bangladesh, d'Albanie, du Pakistan, d'Angola et d'Afghanistan⁸⁹⁸), auxquels il faut ajouter les quelques 3.000 mineurs

⁸⁹¹ Sur la situation en Belgique, en Espagne et en Italie, voir Daniel Senovilla-Hernandez, *Mineurs isolés étrangers : résultats d'une enquête dans quatre pays européens*, in : ONED, *Vulnérabilité, identification des risques et protection de l'enfant. Nouveaux éclairages et regards croisés*, La documentation française, mai 2014, p. 58 et s.

⁸⁹² Voir CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2013*, La documentation française, Paris 2014.

⁸⁹³ Voir à ce sujet Julien Bricaud, *Accueillir les jeunes migrants. Les mineurs isolés étrangers à l'épreuve du soupçon*, Chronique sociale, Paris 2012.

⁸⁹⁴ Article 20 de la CIDE : « *Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial (...) a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat* ». La CIDE, signée à New-York le 26 janvier 1990, a été ratifiée par la France (voir la publication par le décret n° 90-917 du 8 octobre 1990).

⁸⁹⁵ IGAS, *Evaluation de l'accueil des mineurs relevant de l'ASE hors de leur département d'origine*, rapport RM2012-005P, février 2012, annexe n° 8.

⁸⁹⁶ Anita Bouix et Serge Slama, *La fabrique d'un infra-droit d'exclusion*, *AJ famille* 2014, p. 84. Voir plus généralement le dossier consacré aux MIE par l'*AJ Famille* de février 2014 (p. 83 et s.).

⁸⁹⁷ 9.000 MIE seraient présents en France selon la direction de la protection judiciaire de la jeunesse (DPJJ, *Les mineurs étrangers isolés. La situation en France, données générales*, avril 2013).

⁸⁹⁸ DPJJ, *Les mineurs isolés étrangers, dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation*, Novembre 2013. Voir également Cellule MIE, *Données générales. Période du 1^{er} juin au 31 décembre 2013*, qui établit, concernant les MIE pris en charge par la cellule de répartition mise en place par la circulaire du 31 mai

isolés pour le seul Département de Mayotte⁸⁹⁹. Une évaluation fiable supposerait de pouvoir disposer d'informations précises et complètes sur les différentes manières d'entrer sur le territoire français. Comme ces données sont actuellement parcellaires, il n'est possible de comptabiliser que l'activité des services de l'Aide sociale à l'enfance (ASE) chargés de protéger ces mineurs, en excluant du chiffre ceux qui ne se présentent pas à l'ASE, ne sollicitant donc aucune protection, ainsi que ceux qui, persistant à se déclarer mineurs, saisissent le juge des enfants avec l'aide d'associations en vue de voir reconnaître leur minorité. Quoi qu'il en soit, les statistiques permettent de relativiser le poids des MIE au regard de la totalité des mineurs pris en charge au titre de la protection de l'enfance⁹⁰⁰ : en 2012, 113.772 enfants étaient placés au titre de l'enfance en danger (confiés à l'ASE ou au secteur associatif) et 110.060 mineurs étaient suivis dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert⁹⁰¹.

2. Le climat de suspicion entretenu à l'encontre des MIE est au demeurant fondé sur des considérations totalement fantasmatiques. Dans ce contexte inquiétant, le Défenseur des droits, par une décision du 19 décembre 2012, avait déjà fait part de ses préoccupations, en ce qui concerne l'accueil, l'évaluation et l'accompagnement des MIE, formulant 15 recommandations à l'attention de la garde des Sceaux⁹⁰². Par ailleurs, les nombreuses auditions conduites à la CNCDH ont permis d'établir que ces jeunes, lorsqu'ils bénéficient d'une mesure de protection, sont en grande majorité très déterminés, ne posent pas de problèmes particuliers et souhaitent s'intégrer rapidement dans la société française. Selon un rapport récent de l'IGAS, « *les mineurs isolés étrangers se caractérisent (...) par leur comportement dans les structures où ils sont accueillis. Ces jeunes sont décrits par les professionnels de la protection de l'enfance comme « gratifiants », « pacificateurs », et montrant une forte volonté d'apprentissage et d'insertion professionnelle* »⁹⁰³. En dépit de cette réalité, il est regrettable que la terminologie utilisée pour désigner ces jeunes ne soit pas toujours neutre. Le choix et l'ordre des mots ont toute leur importance dans la perception et l'image que l'on peut se faire de ces mineurs⁹⁰⁴, que l'on dénomme tantôt « *mineurs isolés étrangers* » tantôt « *mineurs étrangers isolés* ». Insister sur l'une ou l'autre de ces caractéristiques (l'isolement ou l'extranéité) revient à considérer ces jeunes, soit comme des individus particulièrement vulnérables qu'il convient de protéger, soit comme des étrangers au statut administratif précaire et soumis aux vicissitudes de la politique nationale d'immigration. Aussi, la CNCDH est-elle favorable à l'emploi de l'expression communément acceptée en France de « *mineurs isolés étrangers* », afin d'insister sur l'isolement de ces mineurs plutôt que sur leur statut d'étranger comme le

2013 et le Protocole, que 58 % proviennent d'Afrique subsaharienne, 18 % sont d'origine asiatique et 12 % sont nés au Maghreb ou au Moyen-Orient.

⁸⁹⁹ Voir David Guyot, *Les mineurs isolés à Mayotte. Contribution à l'Observatoire des Mineurs Isolés. Rapport final*, ISM/Ministère des solidarités et de la cohésion sociale, janvier 2012. Selon ce rapport, 87 % des 2.922 mineurs seraient isolés du seul fait de la reconduite à la frontière de leurs parents par les autorités françaises.

⁹⁰⁰ Dans ce sens, Anita Bouix et Serge Slama, *op. cit.*, p. 84.

⁹⁰¹ Voir Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice*, Paris 2013.

⁹⁰² DDD 19 décembre 2012, Décision n° MDE/2012-179, <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/decisions/MDE-2012-179.pdf>.

⁹⁰³ IGAS, *op. cit.*, Annexe n° 8.

⁹⁰⁴ Voir Marco Martiniello et Patrick Simon, *Les enjeux de la catégorisation. Rapports de domination et luttes autour de la représentation dans les sociétés post-migraires*, Revue européenne des migrations internationales, vol. 21, n° 2 (2005), p. 7 et s. ; Emilie Duvivier, *Quand ils sont devenus visibles... Essai de mise en perspective des logiques de construction de la catégorie de « mineur étranger isolé »*, Pensée plurielle n° 21, 2009/2, p. 65 et s.

suggère l'appellation « mineur étranger isolé »⁹⁰⁵. Il convient également d'écartier d'autres appellations telles que « *enfants séparés* »⁹⁰⁶, « *mineurs non accompagnés* »⁹⁰⁷ ou « *jeunes errants* », qui ne tiennent pas suffisamment compte de la diversité des parcours de ces jeunes, ni ne laissent aucune - ou au moins trop peu - de place à leur situation d'isolement et de danger, censée pourtant être au cœur du dispositif de protection. Ou encore les expressions de « *clandestins* » ou de « *mineurs sans-papiers* », elles aussi inadaptées, en raison de l'absence d'obligation de possession d'un titre de séjour pour les mineurs présents sur le territoire français⁹⁰⁸.

3. Un MIE se définit comme une « *personne âgée de moins de dix-huit ans qui se trouve en dehors de son pays d'origine sans être accompagnée d'un titulaire ou d'une personne exerçant l'autorité parentale, c'est-à-dire sans quelqu'un pour la protéger et prendre les décisions importantes la concernant* »⁹⁰⁹. Il existe donc trois critères pour qu'un jeune soit qualifié de MIE : c'est une personne mineure, incapable juridiquement, autrement dit un « enfant » au sens de l'article 1^{er} de la CIDE, c'est une personne isolée donc vulnérable du fait de l'absence ou de l'éloignement de ses représentants légaux et c'est accessoirement un étranger ne disposant pas des avantages propres aux nationaux. La catégorie de MIE n'est pas une catégorie de droit commun ; elle n'existe en tant que telle ni dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA)⁹¹⁰ ni dans le code de l'action sociale et des familles (CASF). La seule référence explicite aux MIE se trouve dans le code de procédure pénale, au détour d'une disposition sur les frais de justice (article R. 93 du CPP)⁹¹¹. Le choix qui a été fait à cet endroit de les nommer « *mineurs étrangers isolés* » est révélateur du climat général de suspicion à l'égard de ces enfants, considérés au premier chef, on l'a déjà relevé, comme des étrangers.

⁹⁰⁵ Dans ce sens Isabelle Debré, *Les mineurs isolés étrangers en France (rapport)*, Sénat, Paris 2010, p. 7.

⁹⁰⁶ Voir UNHCR, *Save the children. Programme en faveur des enfants séparés en Europe (PESE). Déclaration de bonnes pratiques*, 3^e édition, 2004. Le PESE entend par « *enfants séparés* », « *des enfants de moins de dix-huit ans qui se trouvent en dehors de leur pays d'origine et sont séparés de leurs deux parents ou de leur ancien tuteur légal/coutumier* ». Le PESE emploie le mot « *séparé* » plutôt que « *non accompagné* », car « *si certains semblent être « accompagnés » lorsqu'ils arrivent en Europe, les adultes qui les accompagnent ne sont pas forcément aptes ou appropriés pour assumer la responsabilité de leur prise en charge* ».

⁹⁰⁷ Article 2 e) de la directive n° 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant une protection internationale : « e) mineur, non accompagné, tout mineur qui entre sur le territoire des Etats membres sans être accompagné d'un adulte qui, par le droit ou la pratique de l'Etat membre concerné, en a la responsabilité et tant qu'il n'est pas effectivement pris en charge par un tel adulte ; cette définition couvre également les mineurs qui cessent d'être accompagnés après leur entrée sur le territoire des Etats membres ».

⁹⁰⁸ Article L. 311-1 du CESEDA : « *Tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour* ». A contrario, les mineurs en sont dispensés.

⁹⁰⁹ Isabelle Debré, *op. cit.*, p. 7. Cette définition est très proche de celle du Conseil de l'UE qui donne la définition suivante du « *mineur non accompagné* » : « *la présente résolution concerne les ressortissants de pays tiers âgés de moins de 18 ans qui entrent sur le territoire des Etats membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux* » (Conseil de l'UE 26 juin 1997, *Résolution concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers*, JO n° C 221 du 19 juillet 1997, p. 23 et s., article 1).

⁹¹⁰ A l'exception de deux articles faisant référence à l'administrateur *ad hoc* (articles L. 221-5 et L. 751-1 du CESEDA).

⁹¹¹ Article R. 93 du CPP « I- Les frais assimilés à ceux de l'article R. 92 et recouvrables par l'Etat sont ceux résultant : [...] 6° L'indemnisation des administrateurs *ad hoc* désignés pour assurer la représentation des mineurs étrangers isolés en application des dispositions prévues à l'article R. 111-20 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ».

4. Une étude sociologique menée en 2002 par Angelina Etiemble pour la Direction de la population et des migrations⁹¹² a dressé une typologie comprenant cinq catégories de MIE, selon leur histoire et leur parcours migratoire :
- les « *exilés* » fuient une région en guerre, l'enrôlement forcé dans l'armée ou encore la persécution. Ils sont souvent demandeurs d'asile⁹¹³ et n'ont aucune possibilité de retour dans leur pays ;
 - les « *mandatés* » sont envoyés en Europe par leur famille, afin d'y poursuivre leurs études ou de travailler pour aider celle-ci restée au pays. La famille se trouve souvent dans une situation économique et sociale telle, qu'elle considère que l'exil est la seule chance pour son enfant d'échapper à la grande précarité ;
 - les « *exploités* » sont victimes de traite (réseaux de prostitution, de mendicité, de délinquance, etc.) et sont contraints au travail illégal ;
 - les « *fugueurs* » ont quitté le domicile familial en raison de mauvais traitements ou de relations conflictuelles ;
 - les « *errants* » sont souvent déjà à la rue dans leur pays d'origine et, au cours de leur errance, ont pu franchir plusieurs frontières.

Les personnes auditionnées par la CNCDH s'accordent à dire que ces catégories sont toujours pertinentes tout en précisant qu'elles ne sont pas toujours exclusives les unes des autres. En effet, une catégorisation trop rigide des MIE aurait pour conséquence fâcheuse d'enfermer ces jeunes migrants dans une représentation trop figée de la réalité qui minimise la complexité de leur histoire propre et de leur processus migratoire.

5. La circulaire du 31 mai 2013 *relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers*⁹¹⁴, ainsi que le protocole conclu entre l'Etat et les départements⁹¹⁵, font suite aux demandes des conseils généraux qui sont les premiers concernés par la prise en charge croissante de ces mineurs. En juillet 2011, Claude Bartolone, alors président du Conseil général de la Seine-Saint-Denis, s'est plaint de l'arrivée massive de ces jeunes avant de décider de suspendre par arrêté l'accueil des MIE dans son département au titre de l'ASE, estimant que cette problématique relève de l'Etat⁹¹⁶. Pourtant, le domaine de la protection de l'enfance relève prioritairement, depuis la loi du 5 mars 2007⁹¹⁷, de la compétence des départements⁹¹⁸, l'Etat étant pour sa part compétent en matière de maîtrise des flux migratoires et de lutte contre l'immigration clandestine. L'intérêt

⁹¹² Angéline Etiemble, *Les mineurs isolés étrangers en France. Evaluation quantitative de la population accueillie à l'Aide Sociale à l'Enfance. Les termes de l'accueil et de la prise en charge*, QUEST'US, Rennes 2002, p. 61 et s. ; Angéline Etiemble, *Parcours migratoires des mineurs isolés étrangers, catégorisation et traitement social de leur situation en France*, e-migrinter n° 2 (2008), p. 180 et s.

⁹¹³ Voir OFPRA, *Rapport d'activité 2013*, Paris 2014, p. 65 et s., qui relève que la majorité des MIE demandeurs d'asile provient d'Afrique et donc de zones territoriales connaissant des conflits armés.

⁹¹⁴ Circulaire JUSF1314192C du 31 mai 2013 *relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation*.

⁹¹⁵ Protocole du 31 mai 2013, *Dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étrangers* signé par trois ministres (ministre de l'Intérieur, ministre des Affaires sociales et de la Santé et ministre de la Justice) et le président de l'ADF. Ce protocole prévoit la répartition géographique des MIE entre les départements selon les données démographiques de la population des moins de 19 ans.

⁹¹⁶ Cette annonce a été suivie par neuf autres départements qui ont pris des décisions similaires estimant que la prise en charge des MIE relèverait de la responsabilité de l'Etat (Aube, Bas-Rhin, Mayenne, Côte d'Or, Eure-et-Loir, Loiret, Moselle, Aveyron, Haute-Loire).

⁹¹⁷ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, a transféré la responsabilité de l'aide sociale à l'enfance aux conseils généraux.

⁹¹⁸ Article L. 112-3 du CASF.

supérieur de l'enfant, qui devrait primer dans toutes les décisions le concernant (article 3 de la CIDE), se trouve depuis lors mis à mal par ce « *ping-pong institutionnel* »⁹¹⁹ entre l'Etat et les départements. Dans ce contexte, de nombreuses associations signalent la situation alarmante des MIE sur le territoire français qui se dégrade depuis plusieurs années. Le Défenseur des droits a également interpellé la garde des Sceaux au sujet de l'application de ses recommandations générales de 2012⁹²⁰.

6. Pour tenter de résoudre la crise de la prise en charge de ces jeunes, la garde des Sceaux, Christiane Taubira, a piloté un groupe de travail qui a donné le jour, le 31 mai 2013, à la circulaire et au protocole précités organisant un dispositif national de mise à l'abri⁹²¹ comprenant un système de répartition des MIE dans les départements, l'orientation s'effectuant « *d'après une clé de répartition correspondant à la part de population de moins de 19 ans dans chaque département* ». Ce mécanisme est contestable, dès lors qu'il ne se fonde pas sur l'intérêt supérieur de l'enfant à vivre dans tel ou tel département, selon son projet scolaire ou professionnel, mais sur des enjeux avant tout économiques. Auparavant, les départements assuraient seuls la charge administrative et financière des MIE tout au long du processus. L'Etat financera désormais la première phase de mise à l'abri et d'évaluation, d'une durée de cinq jours, sur la base d'un forfait journalier de 250 euros.
7. Le signal envoyé par la mise en place de ce nouveau protocole est fort : l'Etat reconnaît sa responsabilité à l'égard d'une question qui relève normalement de la compétence des départements⁹²². A cet égard, la CNCDH entend néanmoins préciser que cette intervention de l'Etat ne doit en aucun cas aboutir à aborder la problématique des MIE sous le seul angle de la gestion des flux migratoires comme y invite une récente proposition de loi discutée au Sénat⁹²³. Par ailleurs, si la circulaire et le protocole montrent indéniablement que l'Etat souhaite remédier aux dysfonctionnements actuels dans l'accueil et la prise en charge des MIE par les départements, il est bien dommage que le Département de Mayotte, qui connaît depuis plusieurs années des difficultés structurelles en matière de protection des MIE⁹²⁴, ne soit pas concerné. A cet égard, la CNCDH souhaite que soit rapidement définie et mise en œuvre une politique ambitieuse destinée à mettre fin à cette situation systémique⁹²⁵. Aussi, les recommandations définies dans le présent avis valent-elles également pour le Département de Mayotte.

⁹¹⁹ Anita Bouix et Serge Slama, *op. cit.*, p. 88.

⁹²⁰ Voir les échanges de courriers entre Dominique Baudis, Défenseur des droits, et la garde des Sceaux (en ligne sur : <http://.defenseurdesdroits.fr>).

⁹²¹ Les textes n'emploient pas l'expression commune de « *mise à l'abri* », mais celle « *de recueil provisoire d'urgence* » (articles L. 223-2 et L. 226-2-1 du CASF).

⁹²² Voir Rémy Pigaglio, *Mineurs isolés étrangers, l'Etat reprend la main*, *AJ Collectivités territoriales* 2013, p. 312.

⁹²³ Sénat, Session extraordinaire 2013-2014, *Proposition de loi n° 341 relative à l'accueil et à la prise en charge des mineurs isolés étrangers*. Pour une présentation de la proposition et un résumé des débats voir *JDJ* n° 333, mars 2014, p. 42 et s. Cette proposition a été rejetée par le Sénat le 28 mai 2014.

⁹²⁴ David Guyot, *op. cit.* ; Marie Duflo et Marjane Ghaem, *Mayotte, une zone de non-droit*, *Plein Droit* n° 100, 10 mars 2014. Voir déjà Isabelle Debré, *op. cit.*, p. 60 et s.

⁹²⁵ Voir déjà DDD 19 avril 2013, *Décision n° MDE-2013-87*, dans laquelle sont formulées des recommandations générales relatives à la situation très alarmante des mineurs étrangers isolés dans le Département de Mayotte.

8. Le nouveau dispositif comprend certes des avancées notables pour la protection des MIE, mais les nombreuses auditions conduites à la CNCDH ont fait apparaître que de nombreux dysfonctionnements perdurent⁹²⁶, ce qui justifie la rédaction du présent avis après auto-saisine de la CNCDH. A ce propos, il convient de rappeler qu'une simple circulaire ne peut résoudre à elle seule les problèmes importants auxquels sont confrontés à la fois les MIE et les structures qui les accueillent. Il est donc urgent que les pouvoirs publics s'engagent dans une politique d'envergure par une approche non segmentée des problématiques. La CNCDH tient tout particulièrement à ce que les MIE bénéficient de l'ensemble des droits reconnus à tout enfant présent sur le territoire français⁹²⁷, des droits « *non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs* »⁹²⁸, à savoir :

- le droit pour le jeune isolé étranger à un établissement loyal de sa minorité (I.) ;
- le droit de se voir garantir un certain nombre de droits procéduraux, au premier rang desquels le droit d'accès au juge (II.) ;
- le droit à des conditions matérielles d'existence (III.) ;
- le droit à l'éducation (IV.) ;
- le droit à être protégé contre l'exploitation, les maltraitances, la traite et les violences (V.) ;
- le droit à la santé et à une couverture sociale (VI.).

I. GARANTIR LE DROIT POUR LE JEUNE ISOLE ETRANGER A UN ETABLISSEMENT LOYAL DE SA MINORITE

9. Pour la CNCDH, la garantie effective de ce droit (B.) ne saurait être mise en œuvre, sans qu'au préalable il soit mis fin à certaines pratiques contestables d'évaluation de l'âge (A.).

A. METTRE FIN AUX PRATIQUES ACTUELLES D'EVALUATION DE L'AGE

1° L'absence d'examen physique scientifiquement fiable de détermination de l'âge

10. La circulaire et le protocole prévoient que le parquet peut, en dernier ressort, faire procéder à une expertise médicale, si le doute persiste à l'issue de l'évaluation de l'âge par le biais d'entretiens (psychologiques et/ou socio-éducatifs) et de la vérification de l'authenticité des documents d'état civil détenus par l'intéressé. En pratique, il s'avère cependant que des tests osseux continuent à être systématiquement ordonnés dans le ressort de nombreux tribunaux de grande instance, alors même que les jeunes isolés étrangers sont en possession d'un acte d'état civil ou d'une pièce d'identité. La CNCDH ne peut que le déplorer, dès lors que les jurisprudences administrative⁹²⁹ et judiciaire⁹³⁰ relèvent le peu de fiabilité de cette expertise. A ce propos, il doit être rappelé que dès

⁹²⁶ A ce sujet voir également Camille Ruiz, *Accueil, orientation et prise en charge des mineurs isolés étrangers à Marseille. Regard sur le circuit institutionnel, judiciaire et associatif de protection*, ADEJ, Aix-en-Provence 2013 ; Projet PUCAFREU, *Mineurs étrangers isolés sans protection en Europe. Rapport France*, 2013.

⁹²⁷ Voir déjà Sylvie Bernigaud, *Quel(s) droit(s) pour les mineurs étrangers isolés*, RDSS 2006, p. 545 et s.

⁹²⁸ Voir *mutatis mutandis* Cour EDH 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, § 25.

⁹²⁹ CAA Bordeaux 11 juillet 2013, n° 13BX00428 et n° 13BX00526.

⁹³⁰ CA Lyon 26 mars 2013, n° 13/9 : « *il doit être rappelé que les tests d'âge osseux, compte tenu de leur fiabilité déficiente, eu égard à d'importantes marges d'erreur, ne permettent pas de servir à eux-seuls de fondement à la détermination de l'âge d'un mineur isolé étranger* ». Voir également CA Lyon 6 novembre 2013, *JDJ* n° 330, décembre 2013, p. 56, note Jean-Luc Rongé.

2005, le Comité national consultatif d'éthique a mis en garde contre son utilisation⁹³¹. En 2009, le Comité des droits de l'enfant des Nations-unies a, dans ses observations concernant l'examen périodique de la France en matière de droits de l'enfant, noté « avec préoccupation que malgré l'avis négatif du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, l'Etat (...) continue de recourir à l'examen osseux pour déterminer l'âge des enfants »⁹³². L'Académie nationale de médecine⁹³³, le Haut conseil de la santé publique⁹³⁴ et la communauté médicale⁹³⁵ ont plus précisément relevé que le test osseux comporte des possibilités d'erreur en ne permettant pas de poser une distinction nette entre 16 et 18 ans. Constat d'autant plus problématique que la plupart des MIE présents sur le territoire français sont âgés de 16 ans ou plus⁹³⁶.

11. Pour sa part, la CNCDH a déjà contesté l'utilisation de l'examen osseux en considérant qu'il est fondé sur des critères morphologiques anciens établis dans les années 30 et 40 dont la valeur scientifique est remise en cause depuis des années, y compris par le corps médical⁹³⁷. L'évaluation de l'âge comporte en effet une marge d'erreur de deux à trois ans⁹³⁸, ce qui permet en pratique, par le biais de l'utilisation abusive de cette méthode, de réguler l'accueil des MIE en fonction du nombre de places libres dans les services dépendant de l'ASE ou de la politique menée en la matière par le président du Conseil général. Plusieurs auditions ont fait apparaître que des jeunes, en particulier les plus de 16 ans, subissent parfois plusieurs expertises jusqu'à l'établissement de leur majorité. Lors de la mise en œuvre du mécanisme de répartition organisé par la circulaire et le protocole, il arrive ainsi fréquemment qu'une personne déclarée mineure et en danger dans le département d'origine subisse un nouveau test osseux dans le département d'arrivée pour y être déclarée majeure, avant de faire l'objet d'un non-lieu à assistance éducative. En conséquence, la CNCDH ne peut que recommander fermement l'interdiction pure et simple du test osseux, en précisant que certains tribunaux de grande instance et plusieurs Etats européens, dont le Royaume-Uni, n'utilisent plus à ce jour cette méthode⁹³⁹.
12. Par ailleurs, les auditions ont permis d'établir que les tests osseux s'accompagnent parfois d'autres examens physiques, portant notamment sur le développement du système pileux, de la dentition ou des parties génitales. A cet égard, la CNCDH entend rappeler qu'il

⁹³¹ Comité consultatif national d'éthique 23 juin 2005, *Avis n° 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*.

⁹³² Nations unies, Comité des droits de l'enfant 22 juin 2009, 51^{ème} session, *Observations finales : France*, CRC/C/FRA/CO/4, § 87.

⁹³³ Académie nationale de médecine, *Rapport du 16 janvier 2007*, www.academie-medecine.fr.

⁹³⁴ HCSP 23 janvier 2014, *Avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé*.

⁹³⁵ Voir par exemple Catherine Adamsbaum, Kathia Chaumoitre et Michel Panuel, *La détermination de l'âge osseux à des fins médicale, que faire ? J. Radiol* 2008, 89 : 1.

⁹³⁶ Il a été fait part à la CNCDH de ce constat lors de plusieurs auditions. Les données générales de la Cellule MIE montrent que 88 % des MIE pris en charge ont entre 15 et 18 ans (Cellule MIE, *Données générales. Période du 1^{er} juin au 31 décembre 2013*). S'agissant des MIE demandeurs d'asile, le *Rapport d'activité 2013* de l'OFPPA établit que 95, 1 % des MIE demandeurs d'asile ont entre 16 et 17 ans au moment de l'enregistrement de leur dossier (*Rapport précité*, p. 67)

⁹³⁷ CNCDH 18 décembre 2009, Avis sur la traite et l'exploitation des êtres humains en France. Voir déjà CNCDH, *Les conditions d'exercice du droit d'asile en France. Etude réalisée par Anne Castagnos-Sen*, Paris 2006.

⁹³⁸ Ainsi que cela a été précisé par le Commissaire des droits de l'homme du Conseil de l'Europe : http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=167.

⁹³⁹ European Migration Network, *Policies on Reception, Return and Integration arrangements for, and numbers of, Unaccompanied Minors - an EU comparative study*, Mai 2010.

n'existe à ce jour aucune méthode médicale sûre de détermination de l'âge⁹⁴⁰ et recommande en conséquence qu'il soit mis fin à tout examen physique pour conclure à la minorité ou à la majorité d'un jeune isolé étranger. Dans ces conditions, elle regrette que l'article 25.5 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 *relative aux procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale* reconnaisse la possibilité aux Etats « de procéder à des examens médicaux afin de déterminer l'âge d'un mineur non accompagné dans le cadre de l'examen d'une demande de protection internationale ».

2° Les interrogations sur les pouvoirs du ministère public d'ordonner une expertise médico-légale

13. La circulaire et le protocole prévoient que l'expertise médico-légale destinée à déterminer l'âge du jeune isolé étranger intervient sur réquisition du parquet. En matière d'assistance éducative, le rôle du parquet se cantonne cependant au prononcé, en cas d'urgence avérée, d'une ordonnance de placement provisoire (article 375-5 du code civil)⁹⁴¹. Au regard des textes, il n'est donc pas certain que le procureur de la République ait le pouvoir d'ordonner une expertise médico-légale de détermination de l'âge, dès lors qu'aux termes de l'article 1183 du code de procédure civile⁹⁴², seul le juge des enfants est juridiquement habilité à ordonner ce type de mesure⁹⁴³. L'article 375 du code civil ne prévoit pas davantage une telle possibilité au profit du parquet.
14. Par ailleurs, il ressort de plusieurs auditions conduites à la CNCDH que certains parquets ordonnent une expertise médico-légale de détermination de l'âge dans le cadre de la recherche et de la poursuite d'infractions relatives à l'entrée irrégulière sur le territoire français ou à la détention de faux papiers. En premier lieu, retenir pour fondement les dispositions du code de procédure pénale relatives aux enquêtes pénales⁹⁴⁴ est extrêmement spécieux dans la mesure où cela aboutit à un détournement de procédure. Les règles du code de procédure civile sont contournées par le biais d'un recours abusif aux dispositions de l'enquête préliminaire ou de flagrance, qui ne réglementent pas spécifiquement les expertises médico-légales relatives à la détermination de l'âge.

⁹⁴⁰ Voir dans ce sens HCSP 23 janvier 2014, *Avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé*.

⁹⁴¹ Article 375-5 du code civil : « A titre provisoire mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4.

En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. Si la situation de l'enfant le permet, le procureur de la République fixe la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents, sauf à les réserver si l'intérêt de l'enfant l'exige ».

⁹⁴² Article 1183 du code de procédure civile : « Le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure d'investigation et d'orientation éducative ».

⁹⁴³ Voir dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *Dispositif de prise en charge des mineurs isolés étrangers. Mission d'évaluation de l'inspection générale des services judiciaires. Observations de l'USM*, Paris, le 7 mai 2014, p. 12 (en ligne sur : www.union-syndicale-magistrats.org) ; Syndicat de la Magistrature, *Observations devant la mission d'évaluation du dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étrangers*, Paris, le 14 mai 2014, p. 14 (disponible sur www.syndicat-magistrature.org). Voir également Jean-Luc Rongé, *L'Etat et l'Assemblée des départements de France redessinent le parcours de protection des mineurs isolés étrangers*, *JDJ* n° 326, juin 2013, p. 13 ; Alice Meier-Bourdeau, *La détermination de la minorité*, *AJ Famille* 2014, p. 98.

⁹⁴⁴ Voir les articles 12, 14 et 41 (pouvoirs généraux d'enquête), ainsi que les articles 60, 68 et 77-1 du CPP (relatifs aux constatations, examens techniques ou scientifiques).

Pourtant, les examens médicaux intervenant dans le cadre de celles-ci constituent indéniablement une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'ils soient mis en œuvre selon des conditions strictement définies par la loi et qu'ils soient exécutés sous le contrôle d'un juge⁹⁴⁵, comme l'exige l'article 8 de la CESDH combiné à l'article 16-2 de la CIDE. En deuxième lieu, il convient de rappeler que les MIE sont des demandeurs d'asile potentiels ayant le droit d'entrer « *inopinément* » sur le territoire comme le précisent les articles 31-1 et 33-1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 *relative au statut des réfugiés*⁹⁴⁶. En troisième lieu, les MIE, en qualité de mineurs, bénéficient d'un régime dérogatoire dans le CESEDA : alors que les majeurs doivent être en possession d'un titre de séjour pour résider sur le territoire français, et que sauf exception, ils peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement, s'ils n'ont pas de titre de séjour, les mineurs, eux, n'ont pas à être en possession d'un tel document (article L. 311-1 du CESEDA⁹⁴⁷). Dans ces conditions, ils ne peuvent se voir reprocher d'être en situation irrégulière.

15. Au regard de ce qui précède, la CNCDH ne peut que s'inquiéter du fait que certains parquets, en l'absence de tout fondement légal clair, ordonnent des expertises médico-légales non contradictoires de détermination de l'âge et qu'au surplus cette possibilité soit confortée par la circulaire du 31 mai 2013. Elle recommande en conséquence qu'il soit, dans les plus brefs délais, mis fin à cette pratique juridiquement contestable et que la circulaire précitée soit modifiée en conséquence.

3° L'absence de recueil du consentement du jeune ou de son représentant légal avant tout acte médical destiné à l'évaluation de l'âge

16. En 2005, le Conseil national d'éthique avait déjà relevé que les examens médicaux « *sont (...) pratiqués en l'absence de consentement de la personne elle-même, ou d'un tuteur ou d'une personne de référence* »⁹⁴⁸. Les auditions menées à la CNCDH ont permis d'établir qu'à ce jour, le consentement du mineur ou de son représentant légal n'est toujours pas recueilli dans la majorité des instituts médico-légaux ou des unités médico-judiciaires. A cet égard, il doit être rappelé que les actes médicaux réalisés à l'occasion de l'expertise relèvent du code de la santé publique qui impose la recherche systématique du consentement du mineur apte à exprimer sa volonté (article L. 1111-4 du code de la santé publique)⁹⁴⁹. Celui-ci a également le droit de recevoir une information dans une langue qu'il comprend et de participer à la prise de décision le concernant, d'une manière adaptée à son degré de maturité (article L. 1111-2 du code de la santé publique). De plus, les actes médicaux pratiqués à l'occasion de l'expertise visant à déterminer l'âge d'un jeune devraient être autorisés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux

⁹⁴⁵ Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le procureur de la République français n'a pas le statut d'autorité judiciaire, en raison de son absence d'indépendance à l'égard de l'exécutif (Cour EDH 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, req. n° 3394/03 ; Cour EDH 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06, *Rec. Dalloz* 2011, p. 338 note Jean Pradel ; *RSC* 2011, p. 208, obs. Damien Roets).

⁹⁴⁶ Voir Jean-Michel Belorgey, *Le droit d'asile*, LGDG, Paris 2013, p. 83.

⁹⁴⁷ Article L. 311-1 du CESEDA : « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-1 ou des stipulations d'un accord international, tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour. Ce délai de trois mois peut être modifié par décret en Conseil d'Etat* ».

⁹⁴⁸ Comité consultatif national d'éthique 23 juin 2005, *Avis n° 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*.

⁹⁴⁹ Comp. HCSP 23 janvier 2014, *Avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé*, qui recommande qu'un examen médical de détermination de l'âge ne soit pas réalisé en cas de refus du sujet.

dispositions de l'article 371-1 et 372 du code civil⁹⁵⁰. En l'absence d'urgence vitale ou de risque grave pour la santé du mineur⁹⁵¹, il n'y a aucune possibilité de se dispenser de leur autorisation, sauf à nommer un représentant légal qui consentirait à cet examen. La résolution du Conseil de l'Union européenne en date du 26 juin 1997 s'est clairement prononcée dans ce sens⁹⁵². Dans ces conditions, la CNCDH ne peut qu'appeler au strict respect des dispositions susvisées du code de la santé publique et du code civil, dans l'hypothèse regrettable où les pouvoirs publics maintiendraient le recours au test osseux et aux examens médicaux de détermination de l'âge. Elle entend également préciser qu'un refus de consentir à de telles mesures ne peut en aucun cas entraîner une présomption de majorité⁹⁵³.

17. En conclusion, au vu des constats ainsi dressés, la CNCDH recommande qu'il soit mis fin à la pratique des parquets consistant à ordonner des expertises médico-légales de détermination de l'âge reposant sur des examens physiques du jeune isolé étranger. Même dans l'hypothèse où c'est un juge qui ordonnerait une telle expertise, la détermination de l'âge ne doit en aucun cas être établie à partir d'un examen osseux, des parties génitales, du système pileux et/ou de la dentition.

B. DEFINIR UNE NOUVELLE METHODE RIGOUREUSE D'EVALUATION DE L'AGE

18. Si le jeune n'a en sa possession aucune pièce officielle, telle qu'un acte de l'état civil, la CNCDH entend souligner que l'article 8, 2° de la CIDE prévoit que les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées pour que son identité soit établie aussi rapidement que possible. Ainsi, hormis pour les jeunes souhaitant déposer une demande d'asile pour lesquels seul l'OFPRA est compétent pour établir l'état civil et qui ne peuvent se rapprocher de leurs autorités diplomatiques ou consulaires, la CNCDH considère que les autorités françaises ont pour obligation d'accomplir loyalement toutes les diligences et démarches nécessaires pour récupérer des éléments de l'état civil auprès des autorités de l'Etat d'origine du jeune (consulat, etc.)⁹⁵⁴. En cas de non aboutissement des diligences et démarches, il est possible de déposer une requête en vue d'obtenir un jugement supplétif de naissance⁹⁵⁵. La CNCDH déplore non seulement que cette procédure

⁹⁵⁰ Article 371-1 du code civil : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

Article 372 alinéa 1^{er} du code civil : « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ».

⁹⁵¹ Article L. 1111-4 alinéas 4 et 6 du code de la santé publique : « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté. (...) Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables ».

⁹⁵² Résolution du Conseil de l'UE en date du 26 juin 1997, aux termes de laquelle l'examen de l'âge d'un MIE doit être effectué « avec l'accord du mineur, d'un organisme ou d'un représentant adulte désigné spécialement ».

⁹⁵³ DDD 14 octobre 2013, Décision n° MDE-2013-200.

⁹⁵⁴ Dans ce sens Alice Meier-Bourdeau, *La détermination de la minorité*, op. cit., p. 98.

⁹⁵⁵ Voir les articles 46 du code civil, 1430 et 1431 du code de procédure civile.

aboutisse trop peu en pratique, comme cela a été relevé par plusieurs acteurs de terrain auditionnés, mais encore et surtout, qu'elle soit totalement ignorée dans la circulaire et le protocole, alors même que le ministère public peut agir comme partie principale ou intervenir comme partie jointe dans les procès civils⁹⁵⁶.

19. Lorsque le jeune a en sa possession un acte de l'état civil indiquant sa minorité, celui-ci a nécessairement été établi à l'étranger par des personnes n'ayant pas la qualité d'officier de l'état civil en droit français⁹⁵⁷. A ce propos, l'article 47 du code civil énonce : « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Ces dispositions, qui devraient en principe être protectrices des MIE, posent problème, dès lors que l'exception énoncée dans la seconde partie de l'article est formulée de manière extrêmement vague. Une grande marge d'appréciation est ainsi laissée aux juridictions qui se croient autorisées à refuser quasi-systématiquement tout caractère probant aux actes de l'état civil établis à l'étranger. Ce refus est essentiellement fondé sur deux types de considérations :
- soit le juge ne prend pas en compte les actes de l'état civil faits à l'étranger, en raison ou bien d'une suspicion de falsification des actes, ou bien d'une impossibilité de vérifier la régularité d'un acte au seul motif qu'il a été établi à l'étranger⁹⁵⁸ ;
 - soit le juge estime qu'il n'est pas prouvé que le document produit, certes authentique, correspond bien à la personne qui le détient⁹⁵⁹, du fait notamment de l'absence de photographie sur l'acte⁹⁶⁰. Ainsi, les MIE se voient-ils obligés de présenter non seulement un acte de l'état civil authentique⁹⁶¹, mais encore une pièce d'identité pourvue d'une photographie⁹⁶².
20. A cet égard, la CNCDH entend rappeler que les exigences drastiques posées par certains tribunaux ne correspondent pas à la réalité de la situation de jeunes personnes ayant dû quitter leur pays d'origine dans un état de grand dénuement, leur acte de naissance étant

⁹⁵⁶ Articles 421 et suivants du code de procédure civile.

⁹⁵⁷ Article 34-1 du code civil : « *les actes de l'état civil (français) sont établis par des officiers de l'état civil. Ces derniers exercent leur fonction sous le contrôle du procureur de la République* ».

⁹⁵⁸ CA Paris 5 mars 2013, n° 12/20842 : « *si l'authenticité de ces documents dans leur support est attestée par les récentes vérifications policières (...) toutefois l'analyse documentaire ne porte pas sur les conditions de délivrance de ces documents d'état civil et d'identité qui sont invérifiables en l'état par ce service* ». La cour d'appel conclut ensuite à l'infirmité de la mesure de protection sur la seule base d'un physique incompatible avec l'âge allégué et d'une expertise médicale.

⁹⁵⁹ CA Paris 12 novembre 2013, n° 13/12105 : « *l'extrait d'acte de naissance ne saurait à lui seul établir qu'il correspond bien à la personne qui le produit* » ; CA Paris 5 juillet 2013, n° 13/07400 : « *que le service de la fraude documentaire constate ainsi que cet acte présente toutes les caractéristiques d'un document authentique mais précise que cette analyse documentaire ne porte pas sur les conditions de délivrance ; qu'il n'est donc pas établi que cet acte lui appartient* ».

⁹⁶⁰ CA Paris 5 mars 2013, n° 1219907 : « *si l'authenticité des documents produits semble certaine, ils ne peuvent cependant pas, étant démunis de photo, être rattachés de façon certaine à sa personne et faire preuve de son identité* ».

⁹⁶¹ A cet égard, il convient de rappeler que les actes de l'état civil étrangers, comme ceux délivrés par la France (article 34 du code civil), ne comportent pas de photographie.

⁹⁶² Jean-François Martini, *Le juge des enfants, piètre protecteur des mineurs isolés étrangers*, AJ Famille 2014, p. 101. Voir également Laurent Gebler, *La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants*, AJ Famille 2014, p. 92.

fréquemment le seul document remis lors du départ⁹⁶³. Aussi, ces jeunes sont-ils en définitive assimilés à ceux qui ne peuvent se prévaloir d'aucun acte de l'état civil établissant la minorité. Pour la CNCDH, tout acte de l'état civil établi à l'étranger doit faire foi, dès lors qu'il a été rédigé dans les formes usitées dans le pays concerné. A défaut de rapporter la preuve de son caractère frauduleux, sa validité doit être considérée comme établie et la minorité de l'enfant présumée. Pour autant, en cas de preuve du caractère frauduleux de l'acte de l'état civil produit par l'intéressé, la majorité de celui-ci n'est pas irréfragablement établie. A cet égard, la CNCDH recommande que l'expertise de détermination de l'âge :

- soit réalisée, de manière pluridisciplinaire, par des professionnels expérimentés, spécialement formés, indépendants, impartiaux et sans préjugés sur la personne du jeune⁹⁶⁴ ;
- prenne en compte les facteurs psychologiques, environnementaux, culturels et de développement de l'enfant conformément à l'observation générale n° 6 du Comité des droits de l'enfant⁹⁶⁵, ainsi que son parcours éducatif et, plus généralement, ses situations personnelle et sociale⁹⁶⁶ ;
- soit réalisée dans un délai raisonnable, sans précipitation. Le délai de 5 jours prévu par le code de l'action sociale et des familles pour le recueil provisoire d'urgence est destiné à la protection des enfants et non à l'évaluation de l'âge. En pratique, une telle durée est, dans la majorité des situations, insuffisante pour une évaluation rigoureuse de l'âge et des besoins du mineur permettant une prise en charge appropriée.

21. En conclusion, la CNCDH recommande, à l'égard de ceux qui se revendiquent mineurs, que le principe soit celui de la présomption de minorité⁹⁶⁷, elle-même fondée sur deux présomptions : celle d'authenticité des documents produits et celle de légitimité de leur détenteur. Néanmoins, ces présomptions étant simples, une décision de justice spécialement motivée peut conclure à la majorité au vu d'un faisceau d'expertises psychologiques et d'évaluations sociales et éducatives. Le mineur assisté de son représentant légal doit en outre avoir la possibilité d'accéder au contenu du dossier d'évaluation et de demander une contre-expertise ou une nouvelle évaluation⁹⁶⁸.

II. GARANTIR AU JEUNE ISOLE ETRANGER DES DROITS PROCEDURAUX, AU PREMIER RANG DESQUELS LE DROIT D'ACCES AU JUGE

A. GARANTIR LE DROIT DU JEUNE ISOLE ETRANGER A ETRE ENTENDU ET A ETRE INFORME DE SES DROITS

⁹⁶³ Jean-François Martini, *op. cit.*, p. 101.

⁹⁶⁴ Voir UNHCR, *Save the children...*, *op. cit.*

⁹⁶⁵ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 6 (2005) sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine.*

⁹⁶⁶ Voir dans ce sens European Union Agency for Fundamental Rights, *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les Etats membres de l'Union européenne*, Luxembourg 2013, p. 60.

⁹⁶⁷ Voir CA Paris 13 novembre 2001, n° 441 ; CA Lyon 18 novembre 2002, n° 02/252, qui précisent qu'une expertise médicale n'est pas à elle-seule suffisante pour apporter la preuve de la majorité, lorsqu'un acte de l'état civil établit la minorité d'un jeune étranger.

⁹⁶⁸ European Union Agency for Fundamental Rights, *op. cit.*, p. 60.

22. L'article 12 de la CIDE énonce que « *les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». La France doit permettre aux MIE d'exercer ce droit de manière effective, à tous les stades de la procédure, du signalement du mineur à sa prise en charge éventuelle par l'ASE. La CNCDH recommande en conséquence que tout jeune isolé étranger soit mis en mesure d'exprimer son opinion avant toute décision le concernant, qu'elle soit administrative ou judiciaire. Ce droit à être entendu fonde bien évidemment le droit fondamental à être obligatoirement assisté par un avocat spécialement formé⁹⁶⁹.

23. Par ailleurs, l'effectivité du droit à être entendu est conditionnée, en amont, à celle du droit à être informé. Ainsi que l'énonce le Comité des droits de l'enfant des Nations unies chargé de surveiller l'application de la CIDE par les Etats parties, il doit être mis en place des « *mécanismes pour veiller à ce que les enfants bénéficiant d'une protection de remplacement quelle qu'elle soit, notamment en institution, soient en mesure d'exprimer leurs opinions, celles-ci étant dûment prises en considération* », mécanismes qui doivent donner à l'enfant « *le droit à l'information sur tout projet de placement, de prise en charge et de traitement et lui [offrir] véritablement la possibilité d'exprimer ses opinions, celles-ci étant dûment prises en considération tout au long du processus décisionnel* »⁹⁷⁰. En ce sens, la CNCDH regrette que la circulaire et le protocole soient totalement silencieux sur le droit à l'information du jeune isolé étranger, alors même que les auditions conduites ont fait apparaître que, dans certains départements ou villes, les MIE ne se voient délivrer aucune information sur leurs droits. En d'autres lieux, les services chargés du recueil provisoire d'urgence leur remettent, en cas de refus de prise en charge, un document succinct rédigé en français, bien souvent sans davantage d'explications. Pour la CNCDH, le jeune isolé étranger doit être informé de l'intégralité de ses droits dès son premier contact avec les services qui le recueillent provisoirement. Cette information devrait donner lieu à la remise d'un document rédigé dans sa langue maternelle, ou à défaut, dans une langue qu'il comprend. Ce document devrait en outre lui être expliqué, l'assistance d'un interprète étant de droit. Ces préconisations répondent aux exigences de la Commission européenne qui, dans son plan d'action pour les MIE, prévoit que, lors du premier contact, « *les mineurs non accompagnés devraient être informés de leurs droits et avoir accès aux mécanismes de recours et de contrôle existants* »⁹⁷¹.

B. INTERDIRE LE DEPASSEMENT DU DELAI LEGAL DE 5 JOURS DE RECUEIL PROVISoire D'URGENCE SANS SAISINE DU JUGE DES ENFANTS

24. La circulaire et le protocole précisent que « *conformément à l'article L. 226-2-1 du CASF, le conseil général du lieu où le jeune se déclarant mineur isolé étranger a été repéré ou s'est présenté, procède à l'évaluation de sa situation et détermine les actions de protection et d'aide nécessaires. Il l'accueille pendant les 5 jours de l'accueil provisoire d'urgence conformément à l'article L.223-2 du CASF* ». La CNCDH se félicite de

⁹⁶⁹ Voir Dominique Attias, (Conseil National des Barreaux), *Note sur le dispositif applicable aux mineurs isolés étrangers*, Paris le 21 octobre 2013.

⁹⁷⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu*.

⁹⁷¹ Communication de la Commission européenne, *Plan d'action pour les mineurs non accompagnés (2010-2014)*, SEC(2010)534.

l'application aux MIE du délai légal de 5 jours, donc du droit commun de la protection de l'enfance. Pourtant un grand nombre d'acteurs de terrain, auditionnés dans le cadre du groupe de travail relatif à la préparation du présent avis, ont déploré que le recueil provisoire d'urgence puisse durer de nombreuses semaines, voire de nombreux mois⁹⁷². Cette situation a pour conséquence désastreuse de maintenir des mineurs au sein de structures associatives, dépendant ou non de l'ASE, au-delà des délais légaux et donc en l'absence de saisine et de contrôle de l'autorité judiciaire. Aussi faut-il rappeler que l'article L. 223-2 du CASF oblige les services de l'ASE, en cas de recueil provisoire d'urgence, à aviser immédiatement le parquet, puis, au terme d'un délai de 5 jours, à saisir également l'autorité judiciaire en vue d'une ordonnance de placement provisoire. Pour la CNCDH, un recueil provisoire excédant 5 jours non seulement est entaché d'illégalité, mais encore viole le droit du mineur à un accès concret et effectif à une juridiction. En conséquence, la CNCDH ne peut que recommander le strict respect du délai légal fixé dans le code de l'action sociale et des familles, étant précisé que son dépassement pose la question du statut du mineur et de la responsabilité juridique y afférents.

C. GENERALISER LA DESIGNATION D'UN ADMINISTRATEUR AD HOC

25. Par définition, un enfant, dont la minorité est établie ou simplement présumée, est juridiquement incapable d'exercer ses droits. Sa représentation, normalement assurée par les titulaires de l'autorité parentale, est nécessairement vacante lorsqu'il est isolé⁹⁷³, du fait de leur absence ou de leur éloignement. A cet égard, il doit être relevé que le droit dérivé de l'Union européenne insiste fortement sur l'obligation pour les Etats de prendre, au plus vite, les mesures nécessaires pour assurer la représentation des « *mineurs non accompagnés* »⁹⁷⁴.
26. A titre liminaire, la CNCDH entend souligner que les MIE relèvent, en tant que mineurs, des dispositifs de protection et de représentation définis par le droit commun, leur incapacité juridique trouvant une réponse dans l'institution de la tutelle (articles 373 et 390 du code civil). Pour autant les délais nécessaires à la mise en place d'une telle mesure s'avèrent souvent incompatibles avec l'effectivité du droit au recours dans le cadre de cette procédure⁹⁷⁵, surtout qu'elle ne pourra intervenir qu'une fois la minorité établie et le jeune en possession d'un état civil⁹⁷⁶. De plus, les auditions conduites à la CNCDH ont fait apparaître un certain nombre de dysfonctionnements découlant d'un vide juridique en

⁹⁷² Voir Anita Bouix et Serge Slama, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁷³ Maryline Bruggeman, *L'enfant isolé étranger*, in : Claire Neirinck (dir.), *Droits de l'enfant et pauvreté*, Dalloz, coll. thèmes et commentaires, Paris 2010, p. 149.

⁹⁷⁴ Voir l'article 31 de la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 *concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection* ; l'article 25 de la directive 2013/32/UE du 26 juin 2013 *relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)* ; l'article 24 de la directive 2013/33/UE *établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale*.

⁹⁷⁵ Les auditions menées à la CNCDH ont fait apparaître que le délai de mise en place d'une mesure de tutelle varie, en fonction des juridictions, de quelques jours à plusieurs mois.

⁹⁷⁶ Rares sont les juges aux affaires familiales disposés à prononcer une tutelle en l'absence de tout document de l'état civil.

matière de représentation et d'assistance des mineurs⁹⁷⁷. A ce propos, il convient de rappeler que l'institution de l'administrateur *ad hoc*, qui a traditionnellement pour fonction de pallier les conflits d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux⁹⁷⁸, a connu en 2002 une extension de son domaine d'intervention, à tel point que certains ont évoqué son « forçage »⁹⁷⁹. La loi du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*⁹⁸⁰ a en effet rendu obligatoire la désignation d'un administrateur *ad hoc* dès le placement d'un mineur en zone d'attente⁹⁸¹ ou lorsque celui-ci sollicite une protection internationale⁹⁸². Dans ces deux hypothèses, l'administrateur *ad hoc* intervient dans un cadre qui n'était pas le sien auparavant : garantir l'exercice des droits spécifiques du MIE en dehors de tout conflit d'intérêt avec les représentants légaux.

27. A la suite des auditions diligentées devant elle, la CNCDH estime qu'il est aujourd'hui nécessaire de confier à l'administrateur *ad hoc* une mission de représentation, d'assistance juridique et d'information pour tous les mineurs mis dans l'incapacité de faire valoir et d'exercer leurs droits, du fait de l'absence ou de l'éloignement de leurs représentants légaux. Cet administrateur *ad hoc* devrait être obligatoirement et immédiatement désigné par le procureur de la République pour tout jeune isolé étranger entrant en contact avec les autorités françaises avant ou au moment du recueil provisoire d'urgence (par l'ASE ou le prestataire de celle-ci). Cela permettrait au MIE d'être parfaitement informé de ses droits et ainsi d'être mis en mesure de saisir le juge aux affaires familiales (juge des tutelles relatives aux mineurs), le juge administratif, ou encore le juge des enfants, même dans l'éventualité où il ne posséderait aucun discernement pour exercer lui-même cette dernière prérogative⁹⁸³. La mission de l'administrateur *ad hoc* se poursuivrait jusqu'à ce que la situation du jeune soit fixée par une décision définitive du juge administratif ou judiciaire.
28. Enfin, il est impératif que les personnes amenées à exercer la fonction d'administrateur *ad hoc* bénéficient en amont d'une formation solide intégrant les spécificités des problématiques afférentes aux droits des MIE. Pour éviter tout conflit d'intérêt, les personnes recrutées ne doivent en aucun cas dépendre directement ou indirectement de l'ASE. La CNCDH ne peut qu'encourager les pouvoirs publics à prévoir des financements en vue de leur recrutement.

⁹⁷⁷ Pour rappel : difficultés pratiques pour l'obtention de papiers, irrecevabilité s'agissant de l'exercice d'un recours devant une juridiction administrative, etc.

⁹⁷⁸ Voir les articles 388-2 et 389-3 du code civil et l'article 756-50 du CPP. Voir également Claire Neirinck, *La dualité de régime de l'administrateur ad hoc*, JCP 2000, I., 228.

⁹⁷⁹ Maryline Bruggeman, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁸⁰ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale*.

⁹⁸¹ Sur les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des missions des administrateurs *ad hoc* en zone d'attente, voir Anafé, *Guide théorique et pratique - La procédure en zone d'attente*, janvier 2013, p. 28 (disponible sur : www.anafe.org).

⁹⁸² Voir les articles L. 221-5 et L. 751-1 du CESEDA.

⁹⁸³ Cass. 1^{ère} civ. 21 novembre 1995, n° 94-05.102, qui précise qu'un « mineur ne peut valablement saisir le juge des enfants que s'il « possède un discernement suffisant pour exercer [cette] prérogative ».

D. GARANTIR LA JUSTICIABILITE⁹⁸⁴ DES DECISIONS DE REFUS DE PRISE EN CHARGE PAR L'ASE

29. Au préalable, la CNCDH salue le travail considérable et le dévouement exemplaire des associations impliquées au premier chef dans l'accueil, l'orientation, l'accompagnement et la prise en charge des MIE. Ces dernières travaillent fréquemment dans des conditions très difficiles, en raison notamment de moyens insuffisants. Pour autant, un grand nombre d'auditions conduites à la CNCDH a établi que des jeunes isolés étrangers font l'objet d'une évaluation de leur âge par le secteur associatif, celui-ci se voyant, dans certaines villes de France, confier l'évaluation et le recueil provisoire d'urgence des MIE. A l'issue de cette évaluation, souvent rapide et fondée sur des critères opaques, les jeunes sont soit recueillis provisoirement, soit remis à la rue. Dans cette dernière hypothèse, il est apparu que le président du Conseil général n'a ni à connaître ni à apprécier leur situation personnelle. Un grand nombre de jeunes est ainsi écarté du dispositif de droit commun, ce qui conduit en définitive à créer une zone de non droit en amont de la procédure de recueil provisoire d'urgence réglementée par le code de l'action sociale et des familles.
30. A cet égard, la CNCDH entend préciser que l'admission et le refus de prise en charge d'un jeune isolé étranger par les services de l'ASE sont des décisions administratives individuelles prises par le président du Conseil général exerçant une prérogative de puissance publique. Si les prestations relatives à l'hébergement et à l'accompagnement des MIE peuvent être externalisées et confiées au secteur associatif, la décision de prise en charge ou de refus de prise en charge doit rester de la compétence du seul président du Conseil général. Aussi, la CNCDH entend-elle rappeler que l'intervention du secteur associatif en matière de recueil provisoire d'urgence ne doit pas *de facto* aboutir à transférer à une personne morale de droit privé le pouvoir de décision propre du président du Conseil général.
31. Par ailleurs, les refus de prise en charge par l'ASE sont des décisions individuelles défavorables de nature à porter atteinte au droit fondamental du mineur à une protection de la part des autorités étatiques (article 3 de la CIDE)⁹⁸⁵. Il s'agit indéniablement de décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En ce qu'elles « *refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit* » pour l'intéressé, elles doivent, conformément aux articles 1^{er} et 3 de la loi du 11 juillet 1979⁹⁸⁶, être

⁹⁸⁴ Sur cette notion, voir Guy Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Le Seuil, Paris 2001, p. 45 et s., qui distingue deux formes de justiciabilité. La justiciabilité objective est inscrite dans un contentieux de normes et ne permet au juge que d'examiner la conformité d'une règle de droit à des énoncés juridiques prééminents, afin de sanctionner les normes inférieures contraires ou incompatibles. La justiciabilité subjective permet quant à elle d'obtenir du juge la satisfaction individuelle d'un droit, soit en nature, soit par compensation.

⁹⁸⁵ Article 3 de la CIDE : 1. « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.*

2. *Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.*

3. *Les Etats parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié ».*

⁹⁸⁶ Article 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public : « *Les personnes physiques ou morales ont le*

motivées en fait et en droit⁹⁸⁷. Ces décisions doivent également être notifiées par écrit au sens de l'article 8 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978⁹⁸⁸, cette notification devant être accompagnée de l'indication des voies et délais de recours⁹⁸⁹. Pour la CNCDH, l'externalisation de certaines prestations relatives au recueil provisoire d'urgence ne doit pas *de facto* aboutir à ce que le président du Conseil général se soustraie à ces obligations légales encadrant son pouvoir de décision.

32. Pourtant, jusqu'à une date récente, le Conseil d'Etat a totalement freiné la contestation des refus de prise en charge par l'ASE en déclarant irrecevable un recours en référé liberté fondamentale⁹⁹⁰ formé par une personne se déclarant MIE, au motif qu'elle ne dispose pas de la capacité juridique pour agir en justice⁹⁹¹. En conséquence, des personnes que l'ASE refuse de prendre en charge en raison de leur prétendue majorité, se voient refuser la voie du référé liberté fondamentale dès lors qu'elles se prévalent de leur minorité et ne sont pas représentées comme doit l'être un incapable... Aussi, la CNCDH entend-elle rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme sanctionne, comme une atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal, les règles procédurales empêchant certains sujets de droit d'agir en justice⁹⁹². En effet, l'article 6 de la CESDH peut être interprété comme « *garantissant en principe à toute personne déclarée partiellement incapable (...) un accès direct à un tribunal pour demander le rétablissement de sa*

droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent.

A cet effet, doivent être motivées les décisions qui :

- restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ;*
- infligent une sanction ;*
- subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ;*
- retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ;*
- opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ;*
- refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ;*
- refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public ;*
- rejetent un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire ».*

Article 3 : « *La motivation exigée par la présente loi doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision* ».

⁹⁸⁷ Comp. CAA Paris 29 avril 2014, Département de Paris c. Moctar Sylla, n° 13PA03173, qui fonde l'obligation de motivation sur l'article R. 223-2 du CASF.

⁹⁸⁸ Article 8 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration entre l'administration et le public : « *Sauf disposition prévoyant une décision implicite de rejet ou un accord tacite, toute décision individuelle prise au nom de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un organisme, fût-il de droit privé, chargé de la gestion d'un service public, n'est opposable à la personne qui en fait l'objet que si cette décision lui a été préalablement notifiée* ».

⁹⁸⁹ Article R. 421-5 du CJA : « *Les délais de recours ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés ainsi que les voies de recours dans la notification de la décision* ».

⁹⁹⁰ Article L. 521-2 du CJA : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

⁹⁹¹ CE 30 décembre 2011, Boiguile, n° 350458.

⁹⁹² Voir dans ce sens Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., PUF, Paris 2012, n° 255, p. 430.

capacité juridique »⁹⁹³. Dans ces conditions, la CNCDH ne peut que souhaiter une évolution de la jurisprudence administrative. Elle relève en ce sens que le Conseil d'Etat a, le 12 mars 2014, ouvert la voie du référé liberté fondamentale à un MIE⁹⁹⁴. Néanmoins cette décision répond à des circonstances très particulières, dès lors qu'il s'agissait d'un mineur :

- ayant fait l'objet d'une décision de placement prise par le juge des enfants et non exécutée ;
- en état de détresse médicale, psychique et sociale du fait de son hébergement précaire en squat et de son état de santé nécessitant des interventions médicales.

La portée de cette décision est à ce jour incertaine. Son interprétation ne permet pas de savoir si tous les jeunes isolés étrangers se prévalant de leur minorité seront dorénavant recevables à intenter un référé liberté fondamentale ou bien si cette voie de droit sera exclusivement réservée à ceux qui se trouvent dans un état de particulière vulnérabilité⁹⁹⁵ et dont l'admission à l'ASE, décidée par le juge des enfants, n'a pas été mise en œuvre.

33. A ce propos, la CNCDH entend insister sur le fait que les jeunes isolés étrangers sont intrinsèquement vulnérables (voir *infra*), comme le relève d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme pour laquelle ils « *relèvent incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* »⁹⁹⁶. Pour cette raison, ils devraient tous, sans distinction, être recevables à former un recours contre toute décision les concernant devant une juridiction administrative. Cette difficulté serait définitivement résolue si tout MIE pouvait bénéficier, dès son premier contact avec les autorités françaises, des services d'un administrateur *ad hoc* (voir *supra*).

E. GARANTIR LA PRESOMPTION DE DANGER AU PROFIT DE TOUT JEUNE ISOLE ETRANGER

34. L'enfant en danger présent sur le territoire français doit pouvoir faire l'objet d'une mesure de protection quel que soit son statut personnel, mais également quelle que soit sa situation au regard des règles d'entrée et de séjour. La solution est ancienne et résulte tant de la jurisprudence constante de la Cour de cassation⁹⁹⁷, que des conventions internationales⁹⁹⁸. Aux termes de l'article 375 du code civil, le juge des enfants est

⁹⁹³ Cour EDH 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n° 36760/06, § 245. L'article 6 de la CESDH n'est certes pas applicable au contentieux des étrangers, mais, en matière d'assistance éducative, il y a lieu de faire prévaloir l'impératif de protection de l'enfance en danger sur la condition d'étranger du MIE.

⁹⁹⁴ CE 12 mars 2014, A. n° 375956.

⁹⁹⁵ Notons qu'en matière de conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, la jurisprudence administrative instaure des priorités pour les catégories vulnérables. Un demandeur d'asile considéré comme particulièrement vulnérable serait prioritaire pour accéder à des conditions d'hébergement dignes (voir CE 27 octobre 2010, n° 343898 ; CE 19 novembre 2010, *Ministre de l'immigration c. Panokheel*, n° 344286 ; CE 22 novembre 2010, n° 344373 ; CE 5 avril 2013, n° 367232). Le raisonnement du Conseil d'Etat revient en définitive à admettre qu'un demandeur d'asile ne présentant aucune vulnérabilité particulière (de sexe masculin, seul, en bonne santé, etc.), dans une région où les moyens manquent, peut être hébergé dans des conditions matérielles d'hygiène et de sécurité extrêmement précaires (voir plus généralement sur cette problématique : Serge Slama, *Le droit à des conditions matérielles d'accueil décentes : une nouvelle forme de justiciabilité pour quelle effectivité ?*, RDSS 2010, p. 858 ; Serge Slama, *Droit de tous les demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes dès leur accueil en préfecture*, AJDA 2010, p. 202 ; Karine Michelet, *Le droit des demandeurs d'asile à des conditions matérielles d'accueil décentes : un droit en perte d'effectivité ?*, AJDA 2013, p. 1633).

⁹⁹⁶ Cour EDH 5 juillet 2011, *Rahimi c. Grèce*, req. n° 8687/08, § 87.

⁹⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ. 27 octobre 1964, JCP 1964, II, 13911 bis ; Cass. 1^{ère} civ. 16 janvier 1979, *Bull.* n° 22 ; Cass. crim. 4 novembre 1992, *Rec. Dalloz* 1994, jurisp., p. 11, note François Boulanger.

⁹⁹⁸ Voir par exemple l'article 8 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

compétent « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* ». Pour la CNCDH, l'isolement du mineur et le fait qu'il soit étranger constituent en eux-mêmes un danger⁹⁹⁹, en raison de l'absence d'hébergement, de restauration, de connaissance de la langue française, d'accès aux soins et à l'instruction, et d'un représentant légal susceptible d'accomplir les actes relatifs à l'exercice de l'autorité parentale¹⁰⁰⁰. Autrement dit, le fait d'être mineur, isolé et étranger présume le danger et fonde, par voie de conséquence, la compétence du juge des enfants¹⁰⁰¹.

35. Toutefois, certains professionnels estiment que « *toute situation de danger ne nécessite pas une intervention judiciaire, ou en tout cas que cette intervention ne relève pas forcément de la compétence du juge des enfants* »¹⁰⁰². Cette interprétation repose sur la lettre de l'article 375 du code civil, ce texte précisant que les mesures d'assistance éducative « *peuvent* » être ordonnées et non qu'elles « *doivent* » l'être. Il s'agit ici non pas de nier l'existence du danger inhérent à l'isolement, mais de considérer que l'intervention d'autres magistrats ou services peut répondre plus efficacement à cette situation et y mettre fin¹⁰⁰³. Pour la CNCDH néanmoins, le juge des enfants, « *juge naturel* » de la protection de l'enfance, doit à ce titre connaître de toute situation de danger¹⁰⁰⁴.
36. Par ailleurs, de nombreux praticiens soutiennent que le juge des enfants n'est pas en principe compétent pour la protection des MIE, dès lors que la mise en œuvre d'une

⁹⁹⁹ Dans ce sens, CA Poitiers, 7 octobre 2002, n° 02/797 qui a réformé le non-lieu à assistance éducative au motif que le mineur étranger en cause était à raison de la défaillance supposée de l'autorité parentale et « *en toute hypothèse de son isolement la proie potentielle de réseaux divers (...)* » ; CA Poitiers, 7 novembre 2002, n° 02/184, qui a estimé que la sécurité comme la moralité d'un jeune étranger de dix-sept ans sont « *du fait même de son absence de famille ou de représentant légal* » gravement compromises. Voir également Syndicat de la Magistrature, *op. cit.*, pp. 5 et 11. Comp. Isabelle Debré, *Rapport, op. cit.*, p. 33, qui précise que l'isolement n'est pas nécessairement synonyme de danger ; Jean-Pierre Rosencveig, *Des questions difficiles posées par les enfants étrangers isolés*, *Rec. Dalloz* 2004, p. 149 : « *Reste qu'on déraperait en acceptant de considérer comme systématiquement isolés et en danger des enfants qui ne font que suivre l'itinéraire balisé par leur famille plus ou moins aidée de passeurs professionnels et qui sont souvent en liens permanents avec elle. Il est tout aussi grossièrement erroné de considérer ces enfants comme étant en fugue ; ils sont au contraire en phase avec les leurs. On observe aujourd'hui que nombre d'enfants viennent en réalité rejoindre leurs parents déjà présents en France, mais en situation irrégulière. D'autres y ont été envoyés pour faire des études et travailler ; certains pour rapporter rapidement de l'argent, y compris par la rapine et les risques inhérents, à la famille restée au pays* ».

¹⁰⁰⁰ Laurent Gebler, *Mineur étranger isolé : patate chaude aussi pour la justice ?*, *JDJ* n° 329, novembre 2013, p. 9.

¹⁰⁰¹ Dans ce sens DDD 19 décembre 2012, *Décision* n° MDE/ 2012-179.

¹⁰⁰² Dans ce sens Michel Huyette et Philippe Desloges, *Guide de la protection judiciaire de l'enfant*, 4^{ème} éd., Dunod, Paris 2009, p. 113. *Add.* CNCDH 24 septembre 2013, *Audition de Madame Huet, juge des enfants au TGI de Paris*.

¹⁰⁰³ CA Lyon 18 juin 2001, *JDJ*, octobre 2001, p. 59, note Michel Huyette qui a considéré que l'assistance éducative « *a pour objet, comme son nom l'indique, de contrôler, soutenir et aider les titulaires de l'autorité parentale en cas de défaillance dans l'exercice de cette autorité, mais non de répondre aux situations de vacance de l'autorité parentale* ». Par conséquent « *le danger n'est pas une condition suffisante pour que le juge des enfants soit compétent, dès lors qu'il peut être remédié à cette situation de danger par l'intervention d'un autre magistrat ou d'autres services* ». Dans ce cas, la cour a estimé que c'était à l'ASE de recueillir le mineur isolé, puis de saisir le procureur de la République, à charge pour ce dernier de saisir le juge compétent, en l'occurrence le juge des tutelles, dans le délai de huit jours prévu par l'article 375-5 du code civil. Dans le même sens CA Versailles, 11 septembre 2003 : *RDSS* 2004, p. 187, obs. Françoise Monéger

¹⁰⁰⁴ CA Metz 23 janvier 2006, n° 06/8 : « *attendu que la défaillance de l'autorité parentale [...], dès lors qu'il ne peut être remédié à cette situation par l'intervention d'un autre magistrat ou d'autres services, conduisent à retenir que l'enfant est en danger et que les conditions de son éducation sont gravement compromises* ».

mesure d'assistance éducative ne peut se concevoir qu'en présence des parents¹⁰⁰⁵. Prenant appui sur les dispositions des articles 375-1 du code civil et L. 223-2 alinéa 1^{er} du CASF¹⁰⁰⁶, ils affirment que l'objectif est de travailler aux côtés des parents et de concert avec eux, de les aider à surmonter leurs difficultés, afin de restaurer un fonctionnement suffisant de l'autorité parentale¹⁰⁰⁷. A cet égard, la CNCDH rappelle qu'aux termes de l'article 20 de la CIDE « *tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial (...) a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat* »¹⁰⁰⁸. La loi n° 2007-593 du 5 mars 2007 a modifié l'article L. 112-3 du CASF et précisé que « *la protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge* ». Pour la CNCDH, ces dispositions montrent indéniablement que la finalité des protections sociale et judiciaire des mineurs en danger n'est pas exclusivement d'aider à la mise en œuvre de l'autorité parentale en y associant les parents. C'est plus largement « *l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits qui doivent guider toutes décisions le concernant* » (article L. 112-4 du CASF). En conséquence, une mesure d'assistance éducative peut parfaitement, au titre de la protection de l'enfant, se concevoir en l'absence des parents sur le territoire, comme l'admet d'ailleurs implicitement la circulaire du 31 mai 2013.

37. Au regard de ce qui précède, la CNCDH estime que le fait pour un mineur d'être isolé et étranger emporte une présomption de danger, qui fonde, à son tour, le droit d'accéder à la protection du juge des enfants. Les formations initiale et continue des magistrats doivent prévoir des modules spécifiques consacrés à la spécificité des problématiques afférentes aux MIE.

F. GARANTIR AU MINEUR ISOLE ETRANGER L'ACCES DIRECT ET EFFECTIF AU JUGE DES ENFANTS A L'ISSUE DU RECUEIL PROVISOIRE D'URGENCE

38. Aux termes de la circulaire et du protocole, si l'isolement et la minorité sont établis dans le délai de 5 jours, le président du Conseil général saisit le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé. Le magistrat s'appuie ensuite sur le dispositif national d'orientation pour désigner le Conseil général du lieu de placement auquel il confie le mineur par ordonnance de placement provisoire. En revanche, si le service chargé de l'évaluation n'a pu se prononcer, il est prévu que le président du Conseil général saisisse le parquet territorialement compétent pour que le jeune lui soit confié par une ordonnance de placement provisoire avant saisine du juge des enfants. Deux hypothèses sont alors envisagées par la circulaire, qui précise que la décision de placement définitif appartient « *au parquet ou au juge des enfants* » :

¹⁰⁰⁵ Voir dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁰⁶ Claire Neirinck, *Enfance, Rép. civil Dalloz*, n° 110, qui précise que « *l'enfant en danger dont la protection relève de l'assistance éducative doit être soumis à l'autorité parentale. Mesure d'accompagnement des parents, elle ne peut bénéficier à un mineur étranger isolé dont la famille n'est pas présente sur le territoire français* ».

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, n° 106 et 125.

¹⁰⁰⁸ La Cour européenne des droits de l'homme souligne au demeurant que ces enfants « *relèvent incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* » de sorte qu'il appartient à l'Etat de les protéger et de les prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la CESDH (Cour EDH 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, précité, § 87).

- si avant le terme du délai de 8 jours, le jeune est reconnu MIE, le parquet saisit le juge des enfants en assistance éducative et requiert le maintien de son placement auprès du président du Conseil général qu'il aura déterminé en application du dispositif d'orientation national ;
- si au terme du délai de 8 jours, la situation du jeune n'est toujours pas clarifiée, le parquet saisit le juge des enfants en assistance éducative et requiert le maintien de la mesure de placement dans son lieu de placement initial jusqu'à l'issue de l'évaluation. Une fois cette dernière aboutie, le juge des enfants en communique les résultats au parquet. Si le jeune est reconnu MIE, le parquet prend des réquisitions aux fins de placement dans le département que la cellule nationale de répartition aura déterminé en application du dispositif d'orientation national.

39. En faisant du parquet la « cheville ouvrière » du dispositif national d'orientation¹⁰⁰⁹, la CNCDH craint fortement que l'on n'aboutisse à contourner le juge des enfants et ainsi à violer les dispositions de l'article 375-5 du code civil¹⁰¹⁰. Aux termes de ce dernier texte, le juge des enfants a en effet une compétence de principe pour prononcer le placement provisoire d'un mineur, le procureur de la République n'intervenant que de manière résiduelle, en cas d'indisponibilité ou d'absence du juge des enfants (jours fériés, vacances, nuit, *etc.*)¹⁰¹¹, et pour décider d'un placement ne pouvant excéder 8 jours. En renversant totalement cette logique, la circulaire et le protocole méconnaissent le sens et la portée des prescriptions législatives du code civil qu'ils se proposent d'explicitier et contreviennent aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques¹⁰¹². De plus, l'interprétation retenue de l'article 375-5 du code civil a pour conséquence fâcheuse d'entraver le droit pour tout enfant susceptible de faire l'objet d'une mesure de protection, à être immédiatement entendu par un juge, dès lors que le juge des enfants est saisi entre le 6^{ème} et le 13^{ème} jour suivant la décision de recueil provisoire d'urgence¹⁰¹³. Pire encore, il arrive que des parquets prononcent un non-lieu à assistance éducative avant que l'ordonnance de placement provisoire ne soit arrivée à échéance et, partant, en l'absence de toute saisine préalable du juge des enfants pourtant imposée par la loi¹⁰¹⁴.

40. Par ailleurs, il ressort de plusieurs auditions conduites à la CNCDH que l'audience devant le juge des enfants intervient parfois plusieurs mois après la saisine du parquet consécutive à son ordonnance de placement provisoire. Cette situation a pour conséquence fâcheuse de maintenir un mineur en situation de flou juridique quant à son statut, du fait de la caducité de l'ordonnance de placement provisoire prise par le parquet. A ce propos, la

¹⁰⁰⁹ Voir dans ce sens Syndicat de la Magistrature, *op. cit.*, p. 9 et s.

¹⁰¹⁰ Article 375-5 du code civil : « A titre provisoire mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4.

En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. Si la situation de l'enfant le permet, le procureur de la République fixe la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents, sauf à les réserver si l'intérêt de l'enfant l'exige ».

¹⁰¹¹ Dans ce sens Michel Huyette et Philippe Desloges, *op. cit.*, p.176.

¹⁰¹² La circulaire et le protocole sont de ce fait entachés d'illégalité pouvant être sanctionnée par un recours pour excès de pouvoir (CE 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, *Rec.*, p. 64 ; CE 18 juin 1993, *Institut français d'opinion publique (IFOP)*, *Rec.*, p. 178 ; CE 2 juin 1999, *M...*, n° 207752).

¹⁰¹³ Remarquons que l'article L. 223-2 du CASF prévoit quant à lui la saisine de l'autorité judiciaire au bout de 5 jours.

¹⁰¹⁴ Voir Tribunal pour enfants de Versailles 1^{er} avril 2014, affaire D 14/0029.

CNCDH entend rappeler que dans un tel cas de figure les parties doivent, conformément à l'article 1184 du code de procédure civile, être convoquées devant le juge des enfants dans un délai de 15 jours¹⁰¹⁵.

41. Enfin, le choix du lieu de placement définitif d'un mineur ne peut en aucun cas dépendre d'une logique exclusivement gestionnaire de répartition des effectifs de MIE entre départements, au regard d'une clé de répartition dont la pertinence n'est ni expliquée, ni démontrée dans la circulaire et le protocole¹⁰¹⁶. La CNCDH estime pour sa part que la détermination du lieu de la prise en charge doit impérativement tenir compte de l'intérêt supérieur du mineur (article 3 de la CIDE), ce qui nécessite une bonne connaissance de sa situation personnelle (âge, origine, parcours d'exil, existence de liens familiaux, projet de vie, etc.)¹⁰¹⁷. En raison des pouvoirs d'investigation dont il dispose, le juge des enfants est, pour la CNCDH, le magistrat le mieux à même de déterminer le lieu du placement et l'accompagnement éducatif le plus approprié. Rien n'empêche néanmoins le procureur de la République d'inviter le juge des enfants, dans le cadre du pouvoir souverain de ce dernier, à être attentif aux contraintes liées à l'inégale répartition des MIE sur le territoire national.

G. PREVOIR L'INTERVENTION COMPLEMENTAIRE DU JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES

42. L'assistance éducative n'assure qu'une protection imparfaite de l'enfant, notamment en ce qu'elle ne permet pas au service éventuellement désigné pour accueillir le mineur de prendre les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale (soins médicaux, scolarité, etc.). Sur le terrain, la question est d'autant plus cruciale que beaucoup de jeunes nécessitent des soins médicaux du fait de leur état de santé souvent précaire (voir *infra*). Ils doivent également procéder à des démarches administratives de tous ordres liées à leur état civil ou leur insertion socioprofessionnelle¹⁰¹⁸. En la matière, le juge des enfants ne peut, tout au plus, que prendre des décisions ponctuelles (article 375-7 du code civil)¹⁰¹⁹, dès lors que l'article 373-2-6 du code civil¹⁰²⁰ confère au juge aux affaires familiales une compétence de principe pour régler les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et qu'aux termes de l'article L. 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire, il exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Lorsque les deux parents sont décédés ou privés de cet exercice, l'article 390 du code civil impose l'ouverture d'une tutelle¹⁰²¹. Est privé de l'exercice de l'autorité parentale, le père ou la

¹⁰¹⁵ Article 1184 alinéa 3 du code de procédure civile : « Lorsque le juge est saisi, conformément aux dispositions du second alinéa de l'article 375-5 du code civil, par le procureur de la République ayant ordonné en urgence une mesure de placement provisoire, il convoque les parties et statue dans un délai qui ne peut excéder quinze jours à compter de sa saisine, faute de quoi le mineur est remis, sur leur demande, à ses parents ou tuteur, ou à la personne ou au service à qui il était confié ».

¹⁰¹⁶ Dans ce sens Union Syndicale des Magistrats, *op. cit.*, p. 4 et s.

¹⁰¹⁷ Dans ce sens DDD 19 décembre 2012, *Décision n° MDE/2012-179*.

¹⁰¹⁸ Laurent Gebler, *La problématique du mineur étranger isolé pour le juge des enfants*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰¹⁹ Pour lesquelles il désignera fréquemment un administrateur *ad hoc*.

¹⁰²⁰ Aux termes de l'article 373-2-6 alinéa 1^{er} du code civil, « le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre (De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant) en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ».

¹⁰²¹ Article 390 du code civil : « La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant dont la filiation

mère qui « est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence ou de tout autre cause ». Pour la CNCDH, le respect de ces dispositions doit imposer l'organisation d'une tutelle pour chaque MIE entrant ou présent sur le territoire sans représentant légal¹⁰²². Dans ce sens, l'article L. 751-1 du CESEDA aborde déjà l'ouverture d'une tutelle comme la suite logique de la mission de l'administrateur *ad hoc* du mineur isolé demandeur d'asile.

43. Lorsque la tutelle est déclarée vacante au motif qu'aucun membre de l'entourage familial n'est en mesure d'en assumer la charge, elle est déferée au service de l'ASE (article 411 du code civil). Le président du Conseil général devient gardien et tuteur de l'enfant confié. L'exercice de la tutelle est placé sous le contrôle du juge aux affaires familiales et elle est souvent désignée sous le nom de tutelle sociale ou tutelle départementale. Son fonctionnement est identique à celui d'une administration légale sous contrôle judiciaire. Les frais d'entretien et d'éducation du mineur sont pris en charge par l'ASE du département du siège de la juridiction qui a prononcé la mesure en première instance. L'ASE est tenue d'adresser chaque année au juge aux affaires familiales un rapport de synthèse sur la situation de l'enfant confié par décision judiciaire (article L. 223-5 du CASF). Pour autant, bien que pris en charge et donc protégé au titre de la tutelle, il n'est pas exclu que le mineur ainsi protégé l'ait été, antérieurement à la saisine du juge aux affaires familiales, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative décidée par le juge des enfants. La Cour de cassation a au demeurant estimé que le changement de statut ainsi opéré ne justifiait plus le maintien de la mesure d'assistance éducative¹⁰²³.
44. Dans ces conditions, la CNCDH estime que la mesure d'assistance éducative constitue le préalable à la mise en place d'une tutelle en ce qu'elle permettra de s'assurer de la nécessité et de l'opportunité d'une mesure de protection complète et durable¹⁰²⁴. Ainsi, la protection immédiate par le juge des enfants peut-elle aisément s'articuler avec l'organisation ultérieure d'une tutelle. Des dispositifs de coordination entre juge des enfants, juge aux affaires familiales et parquet devront être définis et mis en pratique pour éviter toute rupture dans la prise en charge et assurer ainsi un meilleur respect des droits des MIE¹⁰²⁵.

III. GARANTIR A TOUT MINEUR ISOLE ETRANGER DES CONDITIONS MATERIELLES D'EXISTENCE ADAPTEES

45. Aux termes de l'article 20 de la CIDE, « *Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial (...) a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat* ». De son côté, la circulaire du 31 mai 2013 précise utilement que le recueil provisoire doit bénéficier à tout « *jeune se déclarant mineur isolé étranger* », sans distinction. Partant, la CNCDH estime que l'exclusion de certaines catégories de mineurs

n'est pas légalement établie. Il n'est pas dérogé aux lois particulières qui régissent le service de l'aide sociale à l'enfance ».

¹⁰²² Dans ce sens Philippe Bonfils et Adeline Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, Paris 2008, n° 873, p. 464.

¹⁰²³ Cass. 1^{ère} civ. 3 novembre 2004, *RTD civ.* 2005, p. 100, obs. J. Hauser.

¹⁰²⁴ Voir Laurent Gebler, *Mineur étranger isolé : patate chaude aussi pour la justice ?*, *op. cit.*, p. 10. Voir également Syndicat de la Magistrature, *op. cit.*, p. 11 : « *Si la mesure de tutelle assure un régime de protection plus complet et répond à l'absence sur le territoire national des représentants légaux du MIE, il n'est pas contestable que la nécessité de répondre en urgence à la situation de danger résultant de l'isolement justifie la compétence initiale du juge des enfants* ».

¹⁰²⁵ Dans ce sens Syndicat de la Magistrature, *op. cit.*, p. 11.

du dispositif de protection dès la phase du recueil provisoire d'urgence a pour conséquence de réduire à néant le droit pour toute personne âgée de moins de 18 ans¹⁰²⁶ de bénéficier d'une protection et donc de conditions matérielles d'existence. Dans ces conditions, il est particulièrement regrettable d'observer que, sur le terrain, une distinction de fait semble pratiquée dès cette phase entre, approximativement, mineurs de 16 ans et mineurs de 16 à 18 ans, les autorités ayant tendance à considérer que seuls les premiers peuvent bénéficier d'une mesure de protection, donc d'un hébergement, d'un accompagnement et d'une prise en charge spécifiques. De plus, il ressort de plusieurs auditions conduites à la CNCDH qu'un grand nombre de MIE, lorsqu'ils bénéficient d'un hébergement, sont logés en hôtels¹⁰²⁷, ce qui les prive d'un accompagnement éducatif et social, ainsi que d'un suivi médical. Ou encore, ceux en possession de documents de l'état civil ayant fait l'objet d'une contestation ne sont pas accueillis dans la plupart des structures d'hébergement et de distribution de repas chauds, dont l'accès est exclusivement réservé aux adultes.

46. La CNCDH a également eu connaissance d'une politique drastique, voire brutale, de mise à la rue de jeunes isolés étrangers au jour de leur 18^{ème} anniversaire. Elle constate une nouvelle fois que la préparation de la sortie de placement est un point faible de la protection de l'enfance pour ceux qui atteignent leur majorité : par manque de financement, de nombreux jeunes majeurs, étrangers ou non, quittent l'ASE sans accompagnement, dès l'âge de 18 ans, avec tous les risques que cela entraîne (errance, prostitution, addictions, délinquance,...)¹⁰²⁸. Or l'entrée dans la majorité ne devrait pas signifier la fin systématique de la prise en charge, dès lors qu'aux termes de l'article L. 222-5 du CASF, « *peuvent être également pris en charge à titre temporaire par le service chargé de l'aide sociale à l'enfance les mineurs émancipés et les majeurs âgés de moins de vingt et un ans qui éprouvent des difficultés d'insertion sociale faute de ressources ou d'un soutien familial suffisants* ». Pour la CNCDH, les MIE devraient, du fait de leur isolement, relever de ces dispositions. Il est donc impératif d'anticiper la majorité par un accompagnement spécifique, de renforcer les dispositifs de soutien aux jeunes majeurs, possibles jusqu'à l'âge de 21 ans, et de les systématiser aussi longtemps que le jeune n'est pas autonome¹⁰²⁹.
47. Par ailleurs, du fait de la précarité de leurs conditions matérielles d'existence, des carences dans leur accompagnement et dans les informations qui leur sont remises, de nombreux mineurs ne sont pas mis en mesure d'entamer les démarches destinées à leur permettre de demeurer légalement sur le territoire français lors du passage à la majorité, soit en acquérant la nationalité française par déclaration sur le fondement de l'article 21-12 du code civil (enfant confié pendant au moins trois années à l'ASE)¹⁰³⁰, soit en accédant

¹⁰²⁶ Article 388 du code civil : « *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.* »

¹⁰²⁷ Sur la problématique spécifique des MIE demandeurs d'asile hébergés en hôtels, voir UNHCR / Conseil de l'Europe, *Unaccompanied and separated asylum-seeking and refugee children turning eighteen : what to celebrate ? UNHCR / Concil of Europe field research on European State practice regarding transition to adulthood of unaccompanied and separated asylum-seeking and refugee children*, Strasbourg Mars 2014, p. 28.

¹⁰²⁸ Voir déjà CNCDH 27 juin 2013, *Avis sur le droit au respect de la vie privée et familiale et les placements d'enfants en France.*

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ Article 21-12 du code civil : « *L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France. Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de*

de plein droit au séjour en cas de prise en charge par l'ASE avant le 16^{ème} anniversaire (article L. 313-11, 2° bis du CESEDA¹⁰³¹), soit en sollicitant l'octroi d'un titre de séjour portant la mention « salarié » en cas de prise en charge par l'ASE au-delà des 16 ans (article L. 313-15 du CESEDA¹⁰³²). A cet égard, il doit être précisé qu'il n'est pas tenu compte, pour l'application de ces dispositions, du temps durant lequel le mineur a été mis à l'abri dans une structure associative, le recueil provisoire durant parfois plusieurs semaines, voire plusieurs mois (*voir supra*). Du fait de ces dysfonctionnements, leur régularisation s'avère extrêmement difficile. Pour les mêmes raisons, ces MIE ne disposent d'aucune aide pour constituer, avant leur majorité, un dossier de demande d'asile. Un récent rapport conjoint du HCR et du Conseil de l'Europe souligne à ce propos qu'en France un accueil défaillant ou insuffisant affecte l'accès effectif des MIE à une procédure d'asile équitable, en entravant la possibilité de préparer puis déposer une demande d'asile¹⁰³³. Une telle situation est de nature à caractériser un manquement patent de la France à ses engagements internationaux résultant de l'article 22-1 de la CIDE¹⁰³⁴.

48. Au regard de ce qui précède, la CNCDH recommande instamment aux pouvoirs publics de garantir aux jeunes isolés étrangers un hébergement, ainsi qu'un accompagnement et un suivi de qualité dispensés par du personnel formé aux spécificités des problématiques afférentes aux MIE. Une réflexion portant sur une éventuelle extension de la participation financière de l'Etat doit être impérativement engagée dans les plus brefs délais, étant précisé que les financements actuels arriveront à échéance en 2015. A cet effet, il conviendrait d'envisager la création d'un fonds spécifique¹⁰³⁵ abondé par les départements ministériels concernés (principalement : justice, affaires sociales, affaires étrangères, intérieur). Seule une politique ambitieuse relative à l'accueil de ces jeunes sera de nature

nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France. Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française : 1° L'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance ».

¹⁰³¹ Article L. 313-11 du CESEDA : « Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " est délivrée de plein droit : (...)

2° bis A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, qui a été confié, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de seize ans, au service de l'aide sociale à l'enfance et sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation, de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. La condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée ».

¹⁰³² Article L. 313-15 du CESEDA : « A titre exceptionnel et sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L. 313-10 portant la mention " salarié " ou la mention " travailleur temporaire " peut être délivrée, dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, à l'étranger qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans et qui justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle, sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de cette formation, de la nature de ses liens avec sa famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. Le respect de la condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigé ».

¹⁰³³ UNHCR / Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰³⁴ Article 22 -1 de la CIDE : « Les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié en vertu des règles et procédures du droit international ou national applicable, qu'il soit seul ou accompagné de ses père et mère ou de toute autre personne, bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente convention et les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits États sont parties ».

¹⁰³⁵ Voir Syndicat de la Magistrature, *op. cit.*, p. 7 ; Union Syndicale des Magistrats, *op. cit.*, p. 18. Voir déjà Isabelle Debré, *op. cit.*, p. 87 et s.

à leur garantir un accès à leurs droits et un exercice effectifs de ceux-ci, au premier rang desquels le droit fondamental d'asile¹⁰³⁶.

IV. GARANTIR LE DROIT A L'EDUCATION DES MINEURS ISOLES ETRANGERS

49. L'accès à l'éducation est un droit fondamental. L'article 13 du Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et l'article 28 de la CIDE reprennent l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme en énonçant que « *toute personne a droit à l'éducation* ». Quant à l'article 2 du Protocole n° 1 additionnel à la CESDH, il affirme que « *nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction* ». Insistant sur l'éminence de ce droit, « *indispensable à la réalisation des droits de l'homme* », la Cour européenne des droits de l'homme proclame qu'il occupe dans une société démocratique « *une place si fondamentale, qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2 ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition* »¹⁰³⁷. Le droit à l'instruction s'analyse alors comme le droit de toute personne à bénéficier des moyens d'instruction à un moment donné. Pèse sur l'Etat la double obligation de garantir à tous et sans discrimination un droit d'accès effectif aux établissements scolaires existants (primaires, secondaires et supérieurs) et d'assurer la reconnaissance officielle des études accomplies afin de permettre l'utilisation des diplômes sur le plan professionnel¹⁰³⁸. L'article 2 du protocole n° 1 précité ne comprend aucune clause d'ordre public autorisant des restrictions au droit garanti, qui n'est pas pour autant absolu : le juge européen laisse l'Etat libre d'exercer un droit de réglementation en la matière, sous réserve de ne pas porter atteinte à la substance même du droit à l'instruction¹⁰³⁹.
50. Aux termes de l'article L. 131-1 du code de l'éducation : « *L'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans* ». Une circulaire du 20 mars 2002 précise que « *l'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, âgés entre six et seize ans, qu'ils soient français ou étrangers, dès l'instant où ils résident sur le territoire français* » ; qu'aucune « *distinction ne peut être faite entre élèves de nationalité française et de nationalité étrangère pour l'accès au service public de l'éducation* »¹⁰⁴⁰. Il s'en déduit qu'il est interdit à l'Education nationale de contrôler, lors de l'inscription de l'élève, la régularité de sa situation au regard des règles d'entrée et de séjour en France¹⁰⁴¹, par exemple en exigeant la présentation d'un titre de séjour¹⁰⁴². De plus, la circulaire du 20 mars 2002 a eu le mérite de résoudre une difficulté en permettant aux MIE dépourvus de pièce d'identité de se présenter à un examen en possession d'un « *certificat de scolarité très récent, avec une photographie certifiée par le chef d'établissement d'origine* ». Pour leur part, deux circulaires de 2012 ont opportunément organisé un accueil spécifique au profit des mineurs étrangers, afin de

¹⁰³⁶ Pour plus de détails sur les conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile, voir CNCDH 15 décembre 2011, *Avis sur l'accueil des demandeurs d'asile en France* ; CNCDH 28 novembre 2013, *Avis sur le régime d'asile européen commun*.

¹⁰³⁷ Cour EDH Gr. Ch. 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 44774/98, § 137.

¹⁰³⁸ Frédéric Sudre, *op. cit.*, n° 330, p. 598.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, n° 330, p. 598 et 599.

¹⁰⁴⁰ Circulaire n° 2002-063 du 20 mars 2002 *relative aux modalités d'inscription et de scolarisation des élèves de nationalité étrangère des premier et second degrés*, B.O. spécial n° 10 du 25 avril 2002.

¹⁰⁴¹ Dans ce sens Alice Meier-Bourdeau, *La scolarité des mineurs isolés étrangers*, *AJ Famille* 2014, p. 103.

¹⁰⁴² CE 24 janvier 1996, *Lusilavana*, n° 153746 : le refus d'inscription ne peut être justifié par l'absence de présentation d'un titre de séjour.

permettre, après une évaluation rapide de leurs acquis et compétences scolaires, leur intégration dans le cursus scolaire normal¹⁰⁴³.

51. En dépit de ces avancées qui doivent être saluées, un certain nombre de difficultés demeurent concernant les MIE qui peinent dans la pratique à accéder à l'instruction. Tout d'abord, à défaut d'être pris en charge par le service public dédié à l'enfance et à l'adolescence (ASE ou PJJ)¹⁰⁴⁴, ils sont *de facto* dans un complet dénuement, ce qui, sauf prise en charge par la société civile au sens large, et notamment par des associations, ne les incite pas à être scolarisés. Même en cas de recueil provisoire d'urgence, les démarches de scolarisation ou de formation sont trop rarement mises en place¹⁰⁴⁵ et aucun projet de vie n'est proposé aux MIE¹⁰⁴⁶. Ensuite, conditionner l'inscription dans une école à une domiciliation dans le ressort de l'établissement conduit à ce que les étrangers sans domiciliation ne puissent être scolarisés. S'agissant de l'accès à l'apprentissage, l'administration réclame très souvent un passeport dont les intéressés sont la plupart du temps dépourvus. Plus précisément, pour les jeunes souhaitant intégrer des formations en alternance, signer un contrat de professionnalisation ou d'apprentissage, effectuer un stage rémunéré, se pose le problème de la présentation obligatoire d'une autorisation provisoire de travail difficile à obtenir sans passeport (articles L. 5221-5 et R. 5221-22 du code du travail) et dont l'octroi, quasi-certain pour ceux d'entre eux pris en charge par l'ASE avant l'âge de 16 ans, est beaucoup plus aléatoire pour les mineurs de plus de 16 ans auxquels elle n'est accordée qu'à titre exceptionnel¹⁰⁴⁷. Enfin, devenus majeurs, les jeunes éprouvent de grandes difficultés à obtenir un titre de séjour du fait de l'absence de passeport et des multiples obstacles, constatés en pratique, à l'accès à un cursus de formation.
52. Ces nombreuses difficultés pratiques, en entravant l'accès à l'éducation des MIE, sont indéniablement de nature à porter atteinte à la substance même du droit fondamental à l'instruction. C'est pourquoi, la CNCDH invite les pouvoirs publics à y remédier dans les plus brefs délais en rappelant que selon l'article 28 de la CIDE « *Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation et, en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances (...) ils encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire tant général que professionnel, les rendent accessibles à tout enfant, et prennent des mesures appropriées, telles que l'instauration de la gratuité de l'enseignement et l'offre d'une aide financière en cas de besoin* ».
53. Enfin, il ressort des auditions que de nombreux MIE participent à des « ateliers » qui ne sont pas des formations diplômantes reconnues par l'Etat. La CNCDH déplore que, par

¹⁰⁴³ Circulaire n° 2012-141 du 2 octobre 2012 relative à l'organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés en France ; Circulaire n° 2012-143 du 2 octobre 2012 relative aux missions et à l'organisation des centres académiques pour la scolarisation des élèves allophones nouvellement arrivés et des enfants issus de familles itinérantes et de voyageurs, les CASNAV.

¹⁰⁴⁴ A cet égard, notons qu'un récent rapport du Conseil de l'Europe montre que les jeunes isolés étrangers demandeurs d'asile devenant majeurs ne peuvent poursuivre leur scolarité du fait de l'arrêt de leur prise en charge par l'ASE, qui pourrait néanmoins se poursuivre par le biais d'un « contrat jeune majeur » conformément aux dispositions de l'article L. 222-5 du CASF (UNHCR / Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 32).

¹⁰⁴⁵ Anita Bouix et Serge Slama, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁴⁶ Voir Rémy Pigaglio, *L'État s'engage dans le dossier des mineurs isolés étrangers*, Dalloz Actualité du 7 juin 2013.

¹⁰⁴⁷ Alice Meier-Bourdeau, *La scolarité des mineurs isolés étrangers*, *op. cit.*, p. 103.

manque de places dans les formations diplômantes, le secteur associatif soit souvent contraint de développer de telles solutions de remplacement. Pour la CNCDH, il est important que les MIE se voient garantir un accès effectif aux cursus de formation de droit commun et non simplement à une éducation au rabais.

V. GARANTIR LA PROTECTION DES MINEURS CONTRE LA TRAITE, L'EXPLOITATION, LES VIOLENCES ET LES MALTRAITANCES

54. Aux termes de l'article 34 de la CIDE, « *Les Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. A cette fin, les Etats prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher : a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ; b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ; c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique* ». L'article 35 de la CIDE dispose : « *Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit* ». Quant à l'article 36, il précise que « *Les Etats parties protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation préjudiciables à tout aspect de son bien-être* ».
55. A ce propos, la CNCDH se doit de rappeler qu'une prise en charge insuffisante des MIE tend, dans les faits, à multiplier les risques de mises en danger, les jeunes étant des victimes potentielles de la prostitution, de la traite et de l'exploitation¹⁰⁴⁸. Deux types de situations existent. Dans le premier cas, le MIE arrive seul en France et, comme on l'a vu, le service public de la protection de l'enfance peinant à lui venir en aide, il constitue une proie facile pour les réseaux de traite et d'exploitation. Dans le second cas, le mineur arrive sur le territoire français en qualité de victime d'un réseau de traite et d'exploitation. Néanmoins, le point commun entre ces deux situations est la défaillance des pouvoirs publics dans la lutte contre la traite et l'exploitation. Il ressort en effet des auditions conduites à la CNCDH que même lorsqu'intervient un signalement portant sur de tels faits, les poursuites sont rares, faute de politique pénale volontariste en ce domaine¹⁰⁴⁹.
56. A la suite du Protocole dit de Palerme adopté en 2000, de la Décision-cadre du 19 juillet 2002 et de la Convention européenne de 2005¹⁰⁵⁰, la CNCDH a adopté le 18 décembre 2009

¹⁰⁴⁸ Voir notamment Olivier Peyroux, *La traite des enfants d'Europe de l'Est en France*, Editions Non-Lieu, Paris 2013 ; Bénédicte Lavaud-Legendre, *La minorité des filles nigérianes sexuellement exploitées ; une réalité ignorée*, in : ONED, *op. cit.*, p. 69 et s.

¹⁰⁴⁹ CNCDH 22 mai 2014, *Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel*. Voir également la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, signée à Lanzarote par la France le 25 octobre 2007, avant d'être ratifiée le 27 septembre 2010. Cette convention prévoit la mise en place d'une politique pénale pour les mineurs victimes de traite avec une circonstance aggravante lorsqu'il s'agit de mineurs migrants.

¹⁰⁵⁰ Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée, adopté par les Nations unies le 15 novembre 2000 à Palerme et ratifié par la France le 6 août 2002 ; Décision-cadre 2002/629/JAI relative à la lutte contre la traite des êtres humains, adoptée le 19 juillet 2002 et s'imposant à l'ensemble des

un avis sur la lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains en France, dont les recommandations des points 19 et 20 sur la définition d'une politique pénale doivent être réitérées avec force :

« Au vu de la gravité du phénomène, la CNCDH recommande de s'assurer que les enquêtes concernant des faits de traite ou d'exploitation soient immédiatement et systématiquement ouvertes, sans dépendre de la déclaration ou de la dénonciation émanant d'une victime, en particulier lorsqu'elle est mineure. En outre, sous réserve du principe de l'opportunité des poursuites, celles-ci doivent être recommandées avec force.

De façon à harmoniser la répression de la traite et de l'exploitation sur l'ensemble du territoire, la CNCDH recommande de définir une politique pénale en la matière, en insistant sur son caractère prioritaire, et de former les magistrats du parquet et les juges en conséquence »¹⁰⁵¹.

57. La CNCDH insiste sur la nécessité d'un renforcement de la lutte contre la traite et l'exploitation des mineurs, en regrettant que l'actuelle proposition de loi *renforçant la lutte contre le système prostitutionnel* soit silencieuse en la matière¹⁰⁵². En effet, une véritable attention au traitement des infractions commises à l'encontre des mineurs, et plus précisément des MIE, s'impose. La CNCDH rappelle à cet égard que la minorité des victimes n'est pas toujours retenue dans la qualification des infractions de proxénétisme¹⁰⁵³. Les enquêtes doivent être approfondies, car les situations sont complexes et peuvent recouvrir plusieurs infractions. Un mineur victime de traite et d'exploitation, en particulier lorsqu'il s'agit d'exploitation et de recours à la prostitution, doit être systématiquement considéré comme une victime, et accompagné afin qu'il puisse être représenté tout au long de la procédure. Les infractions ne doivent pas être correctionnalisées lorsque des actes criminels ont été commis. Il convient de veiller à ce que les pratiques policières et judiciaires soient harmonisées sur l'ensemble du territoire. De manière plus générale, la CNCDH relève le constat fait par l'IGAS¹⁰⁵⁴ du très faible investissement des pouvoirs publics dans cette lutte contre la prostitution et le proxénétisme des mineurs. La volonté politique doit donc être renforcée afin qu'il n'y ait pas de demi-mesure dans la prise en compte de ces mineurs¹⁰⁵⁵. La formation des professionnels-enquêteurs, des travailleurs sociaux, des magistrats, des équipes médicales, et la sensibilisation du grand public à la pénalisation des clients des mineurs victimes de prostitution, est urgente et nécessaire. Se pose également la question

Etats membres de l'Union européenne ; Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, adoptée le 16 mai 2005 à Varsovie et ratifiée par la France le 9 janvier 2008.

¹⁰⁵¹ Voir CNCDH 22 mai 2014, *Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel*.

¹⁰⁵² Assemblée nationale, *Proposition de loi de M. Bruno Le Roux et plusieurs de ses collègues renforçant la lutte contre le système prostitutionnel*, n° 1437, adoptée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 4 décembre 2013.

¹⁰⁵³ Voir CNCDH 22 mai 2014, *Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel*.

¹⁰⁵⁴ Voir IGAS, *Prostitutions : les enjeux sanitaires. Rapport établi par Claire Aubin, Danielle Jourdain-Menninger et Julien Emmanuelli*, décembre 2012, p. 16 et s.

¹⁰⁵⁵ Voir décision DEI c. Belgique du Comité de la Charte sociale du Conseil de l'Europe : l'Etat a pour obligation de protéger les MIE contre l'exploitation, la négligence et la violence car il s'agit de mineurs en danger. Dans ses conclusions, le Comité estime que l'hébergement en hôtel sans suivi ne permet pas de protéger ces mineurs et les expose à des risques pour leur vie et leur santé (voir http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/complaints/CC69Merits_fr.pdf).

de la prise en charge de ces mineurs qui doivent pouvoir bénéficier de structures adaptées et encadrées par des professionnels spécifiquement formés¹⁰⁵⁶.

VI. GARANTIR AUX MINEURS ISOLÉS ÉTRANGERS LE DROIT À LA SANTÉ ET L'ACCÈS EFFECTIF À UNE COUVERTURE SOCIALE

58. En vertu de ses engagements internationaux, la France doit reconnaître « *le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* » (article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Aussi convient-il de rappeler que la situation sanitaire des jeunes étrangers à leur arrivée en France est souvent préoccupante¹⁰⁵⁷. Étant donné leur parcours migratoire et leurs conditions de vie, ils sont vulnérables aux pathologies infectieuses, comme le VIH, les hépatites ou la tuberculose. Leur prise en charge médicale, physique et psychologique, nécessite que des soins leur soient prodigués bien avant que ne soient achevées les formalités liées à leur prise en charge et protection¹⁰⁵⁸. Pour la CNCDH, aucune restriction ne saurait être apportée à l'accès des MIE aux soins médicaux, de quelque nature qu'ils soient, sous peine de porter atteinte aux engagements internationaux de la France et à la substance même du droit à la protection de la santé, consacré à l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. À cet égard, il est indispensable de renforcer et d'améliorer l'accès des MIE à la prévention et d'assurer la continuité des soins.
59. Par ailleurs, la protection de la santé est le fondement du droit à la sécurité sociale¹⁰⁵⁹, en ce qu'il suppose que chaque membre de la collectivité soit à même de faire face au coût de l'accès aux soins. Et lorsque ceux-ci ont un coût, le droit à la sécurité sociale est une condition d'effectivité du droit à la protection de la santé¹⁰⁶⁰. L'article 26, 1° de la CIDE énonce que les « *Etats parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale* ». Les MIE pris en charge par les services de l'ASE ou de la PJJ bénéficient personnellement des couvertures maladie universelle et complémentaire (article L. 1111-5 du CSP, article L. 161-14-1 du CSS et article L. 861-3 du CSS). En revanche, les mineurs non pris en charge sont, en toute illégalité, assimilés à des étrangers en situation irrégulière et bénéficient de l'aide médicale d'Etat (article L. 251-1 et suivants du CASF), sans toutefois que l'octroi de celle-ci soit conditionné, comme c'est le cas pour les majeurs, à une présence de trois mois sur le territoire français¹⁰⁶¹. L'aide médicale d'Etat offre certes une

¹⁰⁵⁶ Sur ces différents points, voir CNCDH le 18 décembre 2009, *Avis sur la lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains en France*, point n° 70 ; CNCDH 22 mai 2014, *Avis sur la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel*.

¹⁰⁵⁷ Voir le guide du Comède 2008 : www.w.comede.org/IMG/pdf/guide-comede08.pdf. Voir UNHCR / Conseil de l'Europe, *op. cit.*, p. 38, qui souligne que les MIE demandeurs d'asile nécessitent une prise en charge et un accompagnement psychologiques.

¹⁰⁵⁸ Sylvie Bernigaud, *Situation du mineur étranger isolé*, in : P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action 2014/2015, n° 243.231, p. 1126 ; Lola Isidro, *L'accès à la santé des mineurs isolés étrangers*, *AJ Famille* 2014, p. 103 et 104.

¹⁰⁵⁹ Yves Chauvy, *Les normes supérieures du droit de la sécurité sociale*, *RDP* 1996, p. 991.

¹⁰⁶⁰ Lise Casaux-Labrunée, *Le droit à la santé*, in : Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche et Thierry Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 18^{ème} éd., Dalloz, Paris 2012, n° 1104, p. 868.

¹⁰⁶¹ CE 7 juin 2006, *Aides*, n° 285576, *AJDA* 2006, p. 1189. Dans cette décision, le Conseil d'Etat a jugé que la condition de résidence préalable de trois mois en matière d'aide médicale d'Etat appliquée aux mineurs était

prise en charge gratuite avec tiers payant des frais de santé dans la limite des tarifs de la Sécurité sociale. Mais au regard des taux de remboursement fixés en matière d'optique, de prothèses dentaires et autres dispositifs médicaux à usage individuel, elle ne permet pas l'accès effectif à ces prestations¹⁰⁶². De plus, en ne se voyant pas attribuer de numéro d'immatriculation, les bénéficiaires de l'aide médicale d'Etat ne disposent pas d'une carte vitale, circonstance qui, ajoutée à leur situation précaire, peut être la cause de refus de soins de la part de certains professionnels de santé¹⁰⁶³. Dans ces conditions, la CNCDH, pour garantir l'effectivité de la protection de la santé, estime que le dispositif d'accès aux soins doit être simplifié et que tous les MIE, sans distinction, doivent pouvoir être affiliés au régime général de l'assurance maladie et bénéficier de la couverture maladie universelle complémentaire. Ils doivent également être informés de l'accès à l'ensemble de ces droits. L'allègement du dispositif passe d'abord par la simplification des démarches administratives : l'accès à la domiciliation des MIE doit être pleinement garanti. Il convient également de rappeler que le principe déclaratif de l'adresse doit être respecté et que la validité des documents d'identité présentés ne doit pas être remise en cause en dehors de la procédure prévue à l'article 47 du code civil.

LISTE DES PRINCIPALES COMMANDATIONS

Recommandation n° 1. La CNCDH recommande, à l'égard de ceux qui se revendiquent mineurs, que le principe soit celui de la présomption de minorité, elle-même fondée sur deux présomptions : celle d'authenticité des documents produits et celle de légitimité de leur détenteur. Néanmoins, ces présomptions étant simples, une décision de justice spécialement motivée peut conclure à la majorité du jeune au vu d'un faisceau d'expertises psychologiques et d'évaluations sociales et éducatives. Le mineur ou son représentant légal doit en outre avoir la possibilité d'accéder au contenu du dossier d'évaluation et de demander une contre-expertise ou une nouvelle évaluation de l'âge.

Recommandation n° 2. La CNCDH recommande qu'il soit mis fin à la pratique actuelle consistant à ordonner des expertises médico-légales de détermination de l'âge reposant sur des examens physiques du jeune isolé étranger. L'évaluation de l'âge à partir d'un examen osseux, des parties génitales, du système pileux et/ou de la dentition doit être interdite.

Recommandation n° 3. La CNCDH recommande aux autorités françaises d'accomplir loyalement toutes les diligences et démarches nécessaires pour récupérer les éléments de l'état civil du jeune isolé étranger auprès des autorités de son Etat d'origine (consulat, etc.).

Recommandation n° 4. La CNCDH recommande que l'expertise relative à détermination de l'âge :

incompatible avec l'article 3, 1 de la CIDE, qui oblige à prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant.

¹⁰⁶² L. Isidro, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 105.

- soit réalisée, de manière pluridisciplinaire, par des professionnels expérimentés, spécialement formés, indépendants, impartiaux et sans préjugés sur la personne du jeune ;
- prenne en compte les facteurs psychologiques, environnementaux, culturels et de développement de l'enfant, ainsi que son parcours éducatif et, plus généralement, ses situations personnelle et sociale.

Pour la CNCDH, un délai raisonnable doit être consacré à l'évaluation de l'âge, qui ne peut en aucun cas être réalisée dans la précipitation. Le délai de 5 jours prévu par le code de l'action sociale et des familles pour le recueil provisoire d'urgence est destiné à la protection des enfants et non à la détermination de l'âge. En pratique, une telle durée s'avère, dans la majorité des situations, insuffisante pour une évaluation rigoureuse de l'âge et des besoins du mineur permettant une prise en charge appropriée.

Recommandation n° 5. La CNCDH recommande que tout jeune isolé étranger soit informé de l'intégralité de ses droits dès son premier contact avec les services chargés du recueil provisoire d'urgence, cette information devant donner lieu à la remise d'un document rédigé dans sa langue maternelle, ou à défaut, dans une langue qu'il comprend. Ce document devrait en outre lui être expliqué, l'assistance d'un interprète étant de droit.

Recommandation n° 6. La CNCDH recommande que tout jeune isolé étranger soit mis en mesure d'exprimer son opinion avant toute décision le concernant, qu'elle soit administrative ou judiciaire. Ce droit à être entendu fonde bien évidemment le droit fondamental d'être obligatoirement assisté par un interprète et par un avocat spécialement formé.

Recommandation n° 7. La CNCDH recommande, s'agissant du recueil provisoire d'urgence, le strict respect du délai légal de 5 jours fixé à l'article L. 223-2 du CASF, étant précisé que son dépassement pose la question du statut du mineur et de la responsabilité juridique y afférents. Pour la CNCDH, un recueil provisoire d'urgence excédant 5 jours non seulement est entaché d'illégalité, mais encore viole le droit du mineur à un accès concret et effectif à une juridiction, dès lors qu'il a pour conséquence désastreuse de maintenir des mineurs au sein de structures associatives, dépendant ou non de l'ASE, en l'absence de saisine et de contrôle de l'autorité judiciaire.

Recommandation n° 8. La CNCDH recommande de généraliser la désignation d'un administrateur *ad hoc* qui se verrait confier une mission de représentation, d'assistance juridique et d'information pour tous les mineurs mis dans l'incapacité de faire valoir et d'exercer leurs droits, du fait de l'absence ou de l'éloignement de leurs représentants légaux. Cet administrateur *ad hoc* devrait être obligatoirement et immédiatement désigné par le procureur de la République pour tout jeune isolé étranger entrant en contact avec les autorités françaises avant ou au moment du recueil provisoire d'urgence (ASE ou le prestataire de celle-ci). Cela permettrait au MIE d'être parfaitement informé de ses droits et ainsi d'être mis en mesure de saisir le juge aux affaires familiales (compétent pour les tutelles relatives aux mineurs), le juge administratif, ou encore le juge des enfants, même dans l'éventualité où il ne posséderait aucun discernement pour exercer lui-même cette dernière prérogative. La mission de l'administrateur *ad hoc* se poursuivrait jusqu'à ce que

la situation du jeune soit fixée par une décision définitive du juge administratif ou judiciaire.

Recommandation n° 9. La CNCDH recommande que les personnes amenées à exercer la fonction d'administrateur *ad hoc* bénéficient en amont d'une formation solide intégrant les spécificités des problématiques afférentes aux droits des MIE. Pour éviter tout conflit d'intérêt, les personnes recrutées ne doivent en aucun cas dépendre directement ou indirectement de l'ASE. La CNCDH ne peut qu'encourager les pouvoirs publics à prévoir des financements en vue de leur recrutement.

Recommandation n° 10. La CNCDH recommande aux pouvoirs publics une extrême vigilance s'agissant des décisions de refus de prise en charge dans le cadre du recueil provisoire d'urgence. Ces décisions administratives individuelles, qui doivent être motivées et notifiées par écrit, relèvent de la compétence du seul président du Conseil général. Aussi, la CNCDH entend-elle rappeler que l'intervention du secteur associatif en matière de recueil provisoire d'urgence ne doit pas *de facto* aboutir à transférer à une personne morale de droit privé le pouvoir de décision propre du président du Conseil général. Par ailleurs, les jeunes isolés étrangers devraient tous, sans distinction, être recevables à former un recours, représentés par un administrateur *ad hoc*, devant une juridiction administrative pour contester la légalité d'un refus de prise en charge.

Recommandation n° 11. La CNCDH recommande à ces mêmes pouvoirs publics de considérer que le fait pour un mineur d'être isolé et étranger emporte une présomption de danger, qui fonde, à son tour, le droit d'accéder à la protection du juge des enfants. Les formations initiale et continue des magistrats doivent prévoir des modules consacrés à la spécificité des problématiques afférentes aux MIE.

Recommandation n° 12. La CNCDH recommande le strict respect des dispositions de l'article 1184 du code de procédure civile imposant au juge des enfants de convoquer les parties dans un délai de 15 jours après saisine du parquet consécutive à une ordonnance de placement provisoire.

Recommandation n° 13. La CNCDH recommande, s'agissant de la détermination du lieu de prise en charge, de tenir compte de l'intérêt supérieur du mineur, ce qui nécessite une bonne connaissance de sa situation personnelle (âge, origine, parcours d'exil, existence de liens familiaux, projet de vie, etc.). En raison des pouvoirs d'investigation dont il dispose, le juge des enfants est, pour la CNCDH, le magistrat le mieux à même de déterminer le lieu du placement et l'accompagnement éducatif le plus approprié. Rien n'empêche néanmoins le procureur de la République d'inviter le juge des enfants, dans le cadre du pouvoir souverain de ce dernier, à être attentif aux contraintes liées à l'inégale répartition des MIE sur le territoire national.

Recommandation n° 14. La CNCDH recommande de considérer la mesure d'assistance éducative comme le préalable à la mise en place d'une tutelle en ce qu'elle permettra d'apprécier la nécessité et l'opportunité d'une mesure de protection complète et durable. Des dispositifs de coordination entre juge des enfants, juge aux affaires familiales et parquet devront être définis et mis en pratique pour éviter toute rupture dans la prise en charge et assurer ainsi un meilleur respect des droits des MIE.

Recommandation n° 15. La CNCDH recommande instamment aux pouvoirs publics de garantir aux jeunes isolés étrangers un hébergement, ainsi qu'un accompagnement et un suivi de qualité dispensés par du personnel formé aux spécificités des problématiques afférentes aux MIE. Une réflexion portant sur une éventuelle extension de la participation financière de l'Etat doit être impérativement engagée dans les plus brefs délais, étant précisé que les financements actuels arriveront à échéance en 2015. A cet effet, il conviendrait d'envisager la création d'un fonds spécifique abondé par les départements ministériels concernés (principalement : justice, affaires sociales, affaires étrangères, intérieur). Seule une politique ambitieuse relative à l'accueil de ces jeunes sera de nature à leur garantir un accès à leurs droits et un exercice effectif de ceux-ci, au premier rang desquels le droit fondamental d'asile.

Recommandation n° 16. En raison du rôle considérable joué par le secteur associatif dans le premier accueil, l'orientation, l'accompagnement et la prise en charge des jeunes isolés étrangers, la CNCDH recommande aux pouvoirs publics de définir une politique ambitieuse en vue de soutenir et promouvoir le savoir-faire associatif.

Recommandation n° 17. La CNCDH recommande que le suivi et l'accompagnement débutent dès la phase du recueil provisoire d'urgence, le délai de 5 jours devant impérativement être mis à profit pour établir un premier bilan socio-éducatif et médical afin de déterminer les besoins spécifiques du jeune isolé étranger.

Recommandation n° 18. La CNCDH recommande aux pouvoirs publics de mettre fin aux difficultés pratiques entravant l'accès des MIE à la scolarité, à une formation ou à un apprentissage. Elle rappelle également que tous les MIE doivent se voir garantir un accès effectif aux cursus de formation de droit commun et non simplement à une éducation au rabais.

Recommandation n° 19. La CNCDH recommande de n'apporter aucune restriction à l'accès des MIE aux soins médicaux, de quelque nature qu'ils soient. A cet égard, il est indispensable de renforcer et d'améliorer l'accès des MIE à la prévention et d'assurer la continuité des soins.

Recommandation n° 20. La CNCDH recommande, pour garantir l'effectivité de la protection de la santé, que tous les MIE, sans distinction, puissent être affiliés au régime général de l'assurance maladie et bénéficier de la couverture maladie universelle complémentaire. Ils doivent également être informés de l'accès à l'ensemble de ces droits. Elle recommande également la simplification des démarches administratives : l'accès à la domiciliation des MIE doit être pleinement garanti. Il convient également de rappeler que le principe déclaratif de l'adresse doit être respecté et que la validité des documents d'identité présentés ne doit pas être remise en cause en dehors de la procédure prévue à l'article 47 du code civil.

Recommandation n° 21. La CNCDH recommande l'interdiction de toute privation de liberté pour les MIE, sauf en cas de suspicion de commission d'infractions pénales graves. De plus, les MIE ne doivent en aucun cas être placés en rétention administrative.

Recommandation n° 22. S'agissant des MIE qui sont victimes, avérées ou potentielles, de traite ou d'exploitation, la CNCDH recommande de :

- définir une politique pénale en la matière, en insistant sur son caractère prioritaire, et de former les magistrats du parquet et du siège en conséquence ;
- former les professionnels de l'ASE et de la Protection judiciaire de la Jeunesse (PJJ) aux spécificités de leur prise en charge ;
- adapter les mesures de protection au profil et aux besoins des mineurs concernés (AEMO, scolarisation, formation professionnelle, accueil en foyer, etc.) ;
- créer un dispositif interdépartemental ayant pour mission d'aider les professionnels impliqués à établir l'identité des mineurs concernés et à retrouver leurs familles à l'étranger ;
- veiller à ce que la mise à l'abri temporaire des mineurs concernés dans des structures d'urgence soit suivie de leur prise en charge effective par l'Aide sociale à l'enfance ;
- créer des structures adaptées et encadrées par des professionnels spécifiquement formés.

Recommandation n° 23. La CNCDH recommande la définition et la mise en œuvre d'une politique d'envergure pour l'hexagone et les outre-mer. Dans ces conditions, les recommandations définies dans le présent avis valent également pour le Département de Mayotte, qui connaît des dysfonctionnements systémiques en matière d'accueil et de prise en charge des MIE.

Avis sur la prévention de la récidive

Assemblée plénière du 21 février 2013

(Adopté à l'unanimité)

1. A l'occasion de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive¹⁰⁶⁴, la CNCDH a lancé une réflexion sur les meilleurs moyens de prévenir la récidive¹⁰⁶⁵. Si elle n'a jamais réalisé d'étude ou d'avis spécifiquement sur cette question, elle s'est prononcée à maintes reprises sur des lois qui prétendaient apporter une réponse à ce phénomène¹⁰⁶⁶. Elle entend par cet avis proposer quelques pistes pour une prévention de la récidive qui soit pleinement conforme aux droits de l'homme.
2. La prévention de la récidive est en effet depuis plus d'une dizaine d'années un sujet médiatique important, et a fait l'objet de nombreuses lois. Celles-ci ont contribué à alimenter la confusion entre prévention de la récidive et lutte contre une dangerosité non avérée. Le droit pénal s'est ainsi vu investi d'une nouvelle mission : prévenir l'hypothétique passage à l'acte dangereux¹⁰⁶⁷. La CNCDH a pu déplorer cette tendance et s'est montrée extrêmement critique à l'égard du concept flou de « *dangerosité* », « *notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique* »¹⁰⁶⁸. Cette prédiction est le plus souvent impossible, et la suppression complète de toute forme de récidive est illusoire. L'importance de la population carcérale atteinte de troubles mentaux¹⁰⁶⁹ témoigne de ce

¹⁰⁶⁴ La conférence de consensus a été mise en place par la Garde des Sceaux. Le jury a procédé à des auditions les 14 et 15 février 2013. Les conclusions sont disponibles [en ligne](#).

¹⁰⁶⁵ Aux termes de cet avis, le terme de récidive sera entendu au sens de la conférence de consensus, non au seul sens de récidive légale (article 132-8 du code pénal) mais plutôt au sens de réitération d'infractions (article 132-16-7 du code pénal).

¹⁰⁶⁶ Voir notamment l'[avis sur la réforme de la justice pénale des mineurs](#) (23 juin 2011), l'[avis sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs](#) (20 septembre 2007), l'[avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental](#) (7 février 2008) ou l'[avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental](#) - 7 février 2008

¹⁰⁶⁷ Voir par exemple la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Voir notamment Christine Lazerges et Geneviève Giudicelli-Delage (dir), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF 2011

¹⁰⁶⁸ Avis sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental, 7 février 2008

¹⁰⁶⁹ 25 % des détenus seraient atteints de troubles mentaux selon le rapport *Prison et troubles mentaux : Comment remédier aux dérives du système français ?* Rapport d'information Par M. Gilbert Barbier, Mme Christiane Demontès, MM. Jean-René Lecerf et Jean-Pierre Michel au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales du Sénat, mai 2010. Selon l'Enquête de prévalence sur les troubles psychiatriques en milieu carcéral « 17,9 % de personnes atteintes d'état dépressif majeur, 12 % d'anxiété généralisée et 3,8 % de schizophrénie nécessitant un traitement (environ 4 fois plus qu'en population générale) » CEMKA-EVAL Anne Duburcq, Sandrine Coulomb, Juliette Bonte et al., *Enquête de prévalence sur les troubles psychiatriques en milieu carcéral*, Décembre 2004

glissement, la réponse pénale constituant une réponse de plus en plus fréquente à la délinquance liée à la maladie mentale. Elle a également été critique à l'égard des méthodes actuarielles pour prédire le passage à l'acte délinquant. La CNCDH considère que ces méthodes actuarielles, utilisées comme fondement à la privation de liberté et/ou de droits, constituent un danger pour les droits de l'homme¹⁰⁷⁰. La condamnation doit reposer sur le jugement d'un acte et la culpabilité d'un être singulier et non sur un déterminisme scientifique ou pseudo-scientifique. La CNCDH a pu rappeler que le système judiciaire français se fonde sur un fait prouvé et non pas sur la prédiction aléatoire d'un comportement futur, et s'est inquiétée de la mise en place de mesures restrictives de liberté sur une base aussi incertaine.

3. Elle souhaite également que le Gouvernement s'éloigne du postulat selon lequel la récidive est le résultat d'une réponse laxiste de la justice aux actes de délinquance, et en conséquence, qu'il convient de durcir cette réponse¹⁰⁷¹. Le durcissement des sanctions pénales n'a pas permis de faire baisser de manière significative la délinquance. Il s'agit donc pour la CNCDH de prendre acte de ces échecs¹⁰⁷², ainsi que de proposer de nouvelles pistes et de valoriser certaines bonnes pratiques qui permettent de mieux prévenir la récidive. Si une prévention de la récidive plus efficace nécessitera sans aucun doute des efforts budgétaires, la CNCDH veillera à prendre en compte le contexte budgétaire difficile.
4. L'élaboration d'une politique de prévention de la récidive efficace est du reste un exercice difficile, eu égard au manque de connaissance des causes de ce phénomène. Si les acteurs de terrains partagent un ressenti sur plusieurs des causes de la délinquance, ces ressentis ne sont que très rarement étayés par des études scientifiques. Or, une connaissance scientifique quantitative et qualitative de ce phénomène et de ses causes est nécessaire pour concevoir au mieux les réponses à celui-ci. De même, des données manquent concernant l'efficacité de la réponse pénale, et notamment s'agissant des peines effectuées en milieu ouvert, ventilées par infractions. Ce manque de données empêche de concevoir avec précision une politique pénale efficace au niveau national, et nuit également aux acteurs de terrain, qui se retrouvent contraints de tâtonner pour apporter une réponse appropriée à un acte de délinquance.
5. Malgré le manque de données, quelques pistes peuvent être évoquées¹⁰⁷³ : l'amélioration de la prévention primaire doit être privilégiée (I), pour de nombreuses raisons, dont certaines tenant au contexte budgétaire difficile. Il convient également d'améliorer la réponse pénale pour que celle-ci puisse permettre de prévenir efficacement la récidive (II).

I. RENFORCER LA PREVENTION PRIMAIRE DU PASSAGE A L'ACTE DELINQUANT

¹⁰⁷⁰ Voir Bernard Harcourt, « Surveiller et punir à l'âge actuariel : généalogie et critique » (Partie 1), *Déviante et Société*, volume 35, n°2 pp.5-33 (2011), « Surveiller et punir à l'âge actuariel : généalogie et critique » (Partie 2), *Déviante et Société*, volume 35, n° 2, pp.163-194 (2011).

¹⁰⁷¹ Christine Lazerges, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *Revue de Science Criminelle* 2012 p. 274

¹⁰⁷² Voir notamment Jean-Paul Jean, « Evolutions législatives et politique pénale : évaluation » - *Site internet de la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive -2013*

¹⁰⁷³ Le Comité interministériel de prévention de la délinquance distingue plusieurs types d'actions qui peuvent permettre de prévenir la délinquance : sécurité, justice, éducatif et scolaire, social et familial, prévention situationnelle, transport/logement, aide aux victimes

6. La CNCDH estime important d'insister sur la prévention primaire du passage à l'acte, que ce soit un premier acte de délinquance, ou une réitération ou une récidive au sens juridique (v. supra note 1). Il convient pour cela de prendre en charge l'objectif de lutte contre la récidive et même la délinquance dans l'ensemble des politiques pertinentes : politiques sociales, politique du logement, politique de la ville, politique éducative, politique d'accès au droit. Une approche intégrée et interministérielle est donc nécessaire pour que l'ensemble des efforts soient coordonnés, et le rôle du Comité interministériel de prévention de la délinquance est donc essentiel.

7. Il convient de mettre en garde contre toute tentation de définir une population à risque délinquant ; il existe par exemple d'importants débats concernant la corrélation entre classe sociale et délinquance¹⁰⁷⁴, mais aucune étude sérieuse ne permet de prouver qu'une population est par essence plus délinquante qu'une autre. Certes, certaines populations sont surreprésentées en prison : les personnes issues des classes défavorisée, avec un système familial déstructuré, et n'ayant fait que peu d'études¹⁰⁷⁵. Cette surreprésentation s'explique en partie par le fait que le système judiciaire pénal, pour des raisons tenant notamment aux capacités de réinsertion des personnes poursuivies et à l'absence de garanties de représentation, sanctionne plus lourdement certaines catégories de populations que d'autres pour un même fait¹⁰⁷⁶. Il est cependant possible de définir des facteurs de risques, qui doivent être pris en compte dans la prévention de la délinquance. La lutte contre la précarité extrême dont sont victimes certaines populations peut permettre de prévenir le passage à l'acte délinquant¹⁰⁷⁷.

8. La délinquance des quartiers dits « populaires », qui monopolise l'attention doit également faire l'objet d'une prévention spécifique. Une partie de cette délinquance est liée aux relations extrêmement mauvaises entre la police et les habitants. A titre d'exemple, 26 381 outrages et rébellions ont été condamnés en 2010, avec un taux de réitération de 49,3%. En 2011, ce sont 29 066 faits d'outrage à dépositaire de l'autorité publique qui ont été constatés. La violence des relations entre policiers et mineurs interpelle particulièrement.

¹⁰⁷⁴ Pour une présentation des termes du débat, voir notamment François Bonnet « De l'analyse économique du crime aux nouvelles criminologies anglo-saxonnes ? », *Déviante et Société* 2/2006 (Vol. 30), p. 137-154.

¹⁰⁷⁵ Selon une étude de l'INSEE, la population carcérale est une population masculine (les femmes ne représentaient que 3,7% de la population carcérale au 1^{er} janvier 2000) appartenant aux classes populaires (47% des pères des hommes détenus sont ouvriers, 16% sont artisans ou commerçants, alors que plus de la moitié des mères sont inactives), qui a fait des études courtes (plus du quart ont quitté l'école avant d'avoir 16 ans, les trois quarts avant 18 ans), qui diffère de l'ensemble de la population par un rapport différent au travail (un détenu sur sept n'a jamais exercé d'activité professionnelle et un sur deux est ou a été ouvrier, contre un sur trois dans l'ensemble de la population), et dont le « réseau familial semble plus fragile que la moyenne ». Voir Gilles Chantraine « Prison, désaffiliation, stigmates », *Déviante et Société* 4/2003 (Vol. 27), p. 363-387.

¹⁰⁷⁶ Voir par exemple Thomas Léonard « Discriminations en comparution immédiate », *Plein droit* 2/2011 (n° 89), p. 24-27. DOI : [10.3917/pld.089.0024](https://doi.org/10.3917/pld.089.0024).

¹⁰⁷⁷ A titre d'exemple, l'association Hors la Rue a mené une enquête auprès de 418 mineurs roumains qui révèle « qu'une fois pris en charge, sur le long terme, presque tous ces jeunes se sont investis dans leur formation, ont appris le français, se sont intégrés dans leurs foyers ou dans leur famille d'accueil, ont fait preuve d'une grande motivation pour obtenir un diplôme ou un travail et ont abandonné leurs activités illégales ». Ainsi, « sur 100 de ces jeunes qui ont accepté de participer à l'étude, seuls 5 ont eu, depuis leur prise en charge, « des démêlés avec la justice (pour des affaires de vol essentiellement) » Voir Cristina Apetroaie « Mineurs roumains en délinquance sur le territoire français : un enjeu de politique criminelle participative transnationale », Archives de politique criminelle n°30, Pedone 2008 p. 321-344. Et Régis Bigot, Le parcours de mineurs isolés Roumains suivis par Hors la Rue et pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance (ASE) de Paris, décembre 2006, p.1, www.horslarue.org

9. La CNCDH constate que les politiques publiques de prévention primaire de la délinquance ont mis l'accent ces dernières années sur la prévention situationnelle : celle-ci « *ne vise pas les individus mais les situations propices à la réalisation d'un délit* », et « *consiste à prendre des mesures ou à adopter des moyens pour réduire les occasions de passer à l'acte* »¹⁰⁷⁸. Or, l'essor de ces politiques a eu pour effet d'une part de restreindre les politiques de prévention sociale de la délinquance, et d'autre part de stigmatiser certaines populations et de les exclure de certains dispositifs : en partant du postulat selon lequel certaines catégories de la population (SDF, jeunes, etc.) sont plus dangereuses que d'autres, ces politiques modifient l'espace public pour procurer une impression de sécurité au plus grand nombre.
10. A ce titre, la CNCDH encourage le développement de politiques publiques qui puissent aider ceux qui le souhaitent à faire face à une situation de possible délinquance. Ainsi en est-il de l'aide à la parentalité. Si le lien de causalité entre structure familiale et délinquance n'est pas démontré¹⁰⁷⁹, un fonctionnement familial stable est un élément important pour prévenir et accompagner les réponses à un acte de délinquance. La CNCDH recommande donc de renforcer les dispositifs de soutien à la parentalité, pour permettre aux familles qui le souhaitent de bénéficier du soutien nécessaire, et notamment une aide éducative pour faire face à des situations qu'elles ne parviennent pas à surmonter seules. La CNCDH met cependant en garde contre toute approche qui aurait pour but de contrôler des parents considérés comme défaillants : de telles mesures, contreproductives, mettent à mal l'autorité des parents qu'elles prétendent conforter. Il conviendrait de préférer des mesures incitatives, et de développer le soutien à la parentalité et non la stigmatisation de certaines familles¹⁰⁸⁰. Elle recommande de multiplier les lieux d'écoute et d'information pour les parents, lieux d'échange et de formation mutuelle.
11. La CNCDH insiste sur l'importance de la scolarisation et de la formation de tous tout au long de la vie qui permet de prévenir la récidive. La lutte contre l'illettrisme, surreprésenté en prison (environ 15% des détenus) doit également être une priorité. Il apparaît notamment essentiel d'améliorer la qualité de l'enseignement d'une manière générale avec pour objectif de lutter contre les inégalités scolaires de toute nature, et notamment la reproduction des inégalités sociales à l'école qui est si forte. L'éducation à la citoyenneté et l'éducation aux droits de l'homme devraient également être renforcées. Par ailleurs, pour lutter efficacement contre l'absentéisme scolaire et faire face à certains comportements en milieu scolaire, il conviendrait de développer les expériences heureuses

¹⁰⁷⁸ Voir le site du Secrétariat général du Comité Interministériel de Prévention de la Délinquance et notamment la circulaire du 23 mai 2011 relative à la "Diffusion d'une convention-cadre concernant la sécurisation des grands espaces commerciaux", la circulaire interministérielle du 15 février 2010 relative au "Plan de sécurisation des établissements scolaires", la circulaire interministérielle du 23 septembre 2009 relative à la "Sécurisation des établissements scolaires et au suivi de la délinquance", et la circulaire du 6 septembre 2010 relative à la "Réalisation des études de sécurité publique lors des opérations de rénovation urbaine" et la circulaire du 1er octobre 2007 sur l' "application de l'article L. 111-3-1 du code de l'urbanisme relatif aux études de sécurité publique"

¹⁰⁷⁹ Dans son article « Délinquance et socialisation familiale : une explication limitée, recherches et prévisions », CNAF, 2008, n° 93, septembre 2008, Sébastien Roché relativise le rôle de la structure familiale sur le comportement délinquant des enfants. Il souligne par contre l'importance du fonctionnement familial (entente et supervision notamment). Surtout, « la famille compte mais l'environnement scolaire et social est prépondérant ». La structure familiale a néanmoins un rôle important sur la sanction : pour un même fait, les enfants vivant avec leurs deux parents seront moins sanctionnés que ceux ne vivant qu'avec un seul de leurs parents.

¹⁰⁸⁰ Voir notamment Mission permanente d'évaluation de la politique de prévention de la délinquance, *Trois dispositifs de responsabilisation parentale dans le cadre de la prévention de la délinquance*, novembre 2011

des « classes-relais », actuellement trop peu nombreuses, confiées à des enseignants et des éducateurs de la protection judiciaire de la jeunesse¹⁰⁸¹. En outre, la CNCDH insiste sur la nécessité de revaloriser la formation professionnelle.

12. Enfin, il est nécessaire de soutenir quelques dispositifs qui ont fait leurs preuves et qui peuvent permettre une réponse, autre que la poursuite pénale, à certains problèmes. Il en est ainsi de la médiation culturelle, de la médiation sociale et de la médiation pénale, réponses particulièrement appropriées mais qui, faute de volonté politique et de moyens, sont sous-utilisées ces dernières années. De même, il serait particulièrement intéressant de développer la prévention spécialisée ou de rue, qui permet de lutter contre les risques d'inadaptation sociale, de combattre la marginalisation et faciliter l'insertion et la promotion sociale des familles. L'éducateur de rue est cet adulte-relais dont le principe d'action est "d'aller vers" et d'accompagner vers les dispositifs de droit commun¹⁰⁸².

II. AMELIORER LA REPONSE PENALE

13. La CNCDH considère comme essentiel de revenir sur le principe selon lequel le meilleur moyen de prévenir la récidive est d'enfermer, et toujours plus longtemps, les délinquants. Au contraire, elle estime que dans un certain nombre de cas, l'enfermement est une réponse inadaptée, et que seule une politique réductionniste du recours à l'enfermement permettra de réduire la récidive. Dans les cas où l'enfermement reste la solution la plus appropriée, il convient d'améliorer les conditions de détention, de recourir plus largement à l'aménagement des peines, et d'éviter les sorties sèches, qui sont facteurs de récidive.

A. MENER UNE POLITIQUE REDUCTIONNISTE

14. La CNCDH considère essentiel de mener une véritable politique réductionniste. Celle-ci devrait passer par la suppression des très courtes peines d'emprisonnement et la diminution du quantum des peines encourues pour certaines infractions. De même, concernant l'incrimination de certains comportements, la CNCDH souhaite qu'une réflexion soit lancée sur la contraventionnalisation de certains délits¹⁰⁸³, voire la décriminalisation de certains agissements. Elle demande également la suppression des peines-planchers qui restreignent les pouvoirs d'appréciation du juge quant au choix de la peine et de ses modalités. Or, non seulement ces peines sont inefficaces pour prévenir la récidive, mais elles méconnaissent également le principe d'individualisation de la peine. L'introduction des peines planchers en droit français a abouti à une augmentation du quantum de la peine, qui est passé en moyenne de 8,2 à 11 mois pour les infractions commises en état de récidive légale¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ Pour une analyse des différents dispositifs de lutte contre l'absentéisme et le décrochage voir notamment : Mission permanente d'évaluation de la politique de prévention de la délinquance, *La lutte contre l'absentéisme et le décrochage scolaire*, octobre 2011

¹⁰⁸² Christine Lazerges, « La prévention de rue : un outil de protection de l'enfant et de l'adolescent », *Archives de politique criminelle*, n° 32, Pedone 2010, p. 141-152.

¹⁰⁸³ A cet égard, doivent être mentionnés différentes infractions à la législation sur les étrangers, et notamment l'obstruction à une mesure d'éloignement. Une telle infraction pourrait aisément être contraventionnalisée.

¹⁰⁸⁴ Sur le recours aux peines planchers, voir notamment Fabrice Leturcq, *Peines planchers : application et impact de la loi du 10 août 2007*, Infostat Justice n° 118

15. La CNCDH souligne à nouveau les dangers multiples de l'enfermement pour de brèves périodes. La personne enfermée rencontre ainsi « *davantage d'obstacles à sa réinsertion après un séjour en maison d'arrêt, avec un risque de récidive aggravé* »¹⁰⁸⁵. Ces enfermements sont liés soit à une détention provisoire, soit à une condamnation dans le cadre d'une comparution immédiate, soit à une révocation de sursis simple, soit encore à l'impossibilité matérielle pour la juridiction de jugement d'aménager *ab initio* une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans. La CNCDH estime essentiel de réduire au maximum les cas dans lesquels les personnes pourront être brièvement détenues, et de recourir dans ces cas, autant que possible, aux alternatives à la détention. Elle rappelle à cet égard qu'elle avait en 2006 adopté un avis sur les alternatives à la détention¹⁰⁸⁶ dans lequel elle avait proposé un certain nombre de mesures essentielles pour améliorer le recours aux alternatives à la détention.
16. Au 1^{er} janvier 2013, 16 454 prévenus étaient détenus. Ils représentaient un quart de la population carcérale. Si la part du nombre de prévenus détenus par rapport au total de la population carcérale a relativement baissé¹⁰⁸⁷, il est possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle cette baisse a plus à voir avec une augmentation du recours aux modes de poursuites rapides¹⁰⁸⁸ qu'à un plus grand recours aux alternatives à la détention. La CNCDH considère qu'il est d'autant plus important de favoriser les alternatives à la détention que les conditions de détention dans les maisons d'arrêt sont particulièrement problématiques. Certaines personnes font ainsi systématiquement l'objet de détention provisoire ; ainsi en est-il des personnes étrangères. En effet, les préfetures ne leur délivrent que très rarement un titre de séjour en attendant leur condamnation, et les personnes étrangères, faute de garanties suffisantes de représentation, ne peuvent donc bénéficier d'alternatives à la détention provisoire.
17. Concernant les peines d'emprisonnement inférieures à deux ans, la CNCDH rappelle son attachement au principe de l'aménagement *ab initio*, tel que prévu par la loi pénitentiaire. Elle constate cependant qu'un nombre non négligeable de détenus exécute une peine inférieure à deux ans, voire une peine plus courte. Des difficultés pratiques et certains dysfonctionnements dans la coordination des politiques judiciaires et pénitentiaires peuvent expliquer cet état de fait¹⁰⁸⁹. Une autre cause est à rechercher dans le fait que beaucoup de ces condamnations sont prononcées à l'issue d'une procédure de comparution immédiate, procédure dont le champ s'est progressivement élargi. Or, ces procédures sont de grosses pourvoyeuses de peines d'emprisonnement¹⁰⁹⁰, et ne permettent pas d'individualisation de la peine.

¹⁰⁸⁵ Avis de la CNCDH sur le projet de loi pénitentiaire, 6 novembre 2008

¹⁰⁸⁶ Avis de la CNCDH sur les alternatives à la détention, 14 décembre 2006

¹⁰⁸⁷ Statistique mensuelle de la population écrouée et détenue en France au 1^{er} janvier 2013

¹⁰⁸⁸ Selon Odile Timbart, « *les modes de poursuites rapides, hors ordonnances pénales (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, comparution immédiate, convocation par procès-verbal du procureur de la République, de l'officier ou agent de police judiciaire) ont vu leur nombre multiplié par 2,6 en 20 ans et leur part est passée de 30% des modes de poursuite en 1990 à 83% en 2009* », Odile Timbart, *20 ans de condamnations pour crimes et délits*, Infostat Justice n° 114, Avril 2011

¹⁰⁸⁹ Christian Mouhanna, *La coordination des politiques judiciaires et pénitentiaires - une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire*, juin 2011 et notamment p. 107 et s.

¹⁰⁹⁰ Le rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale souligne ainsi qu'« *en 2010, sur les 15 947 mandats de dépôt décernés, 15 291 l'ont été à l'issue d'une comparution immédiate* ». De plus, « *on peut affirmer que la comparution immédiate conduit au prononcé d'une peine ferme (en totalité ou en partie) dans plus de 35% des cas, alors que les peines d'emprisonnement ferme ou avec sursis partiel ne représentent que 21% des condamnations correctionnelles* ». Dominique Raimbourg et Sébastien Huyghe

18. Le sort des personnes condamnées à de très courtes peines est encore plus problématique. Selon le fichier national des détenus, au 1^{er} janvier 2012, 7 977 détenus avaient été condamnés à une peine inférieure à 6 mois. Ils représentent 12% de l'ensemble des écroués détenus (64 787 personnes)¹⁰⁹¹. Ces peines ne permettent en aucun cas d'anticiper la sortie de prison des personnes condamnées, qui seront particulièrement exposées à un risque de récidive.
19. La CNCDH conteste la pertinence des très courtes peines d'emprisonnement. Elle souhaite que soit développé le recours à d'autres peines, comme les peines privatives de droits. De telles peines existent d'ores et déjà. Mais, celles-ci sont, la plupart du temps, envisagées comme une mesure de substitution à l'emprisonnement. Pour permettre une meilleure pédagogie tant à l'égard du condamné que de la victime et du grand public, la CNCDH demande que de telles peines soient conçues comme des peines autonomes. Pour encourager leur développement, la CNCDH souhaite que, pour chaque infraction, le code pénal puisse prévoir la peine privative de droits au même titre que la prison ou l'amende¹⁰⁹². Il y aurait alors dans le code pénal et hors le code pénal (pour les infractions extérieures au code pénal) trois peines de référence en matière délictuelle et criminelle : la peine d'emprisonnement, la peine privative de droits (sous diverses formes) et la peine patrimoniale (sous diverses formes). Une réflexion est nécessaire sur la question de la sanction de l'inexécution d'une peine privative de droits.

B. LUTTER CONTRE LA DESOCIALISATION CAUSEE PAR LA PRISON

20. Concernant les peines plus longues, la CNCDH constate que deux pistes doivent être distinguées : l'amélioration des conditions de détention d'une part, et, d'autre part, l'amélioration de l'accompagnement à la sortie de prison.
21. Constatant les importants problèmes relatifs aux conditions de détention, la CNCDH souligne qu'il est essentiel de permettre aux détenus d'effectuer leur peine dans des conditions de détention qui ne soient pas contraires à la dignité humaine. De telles conditions de détention participent de la désocialisation du détenu, qui sortira de prison plus désocialisé qu'il n'y est entré.
22. Ces conditions sont largement liées à la surpopulation qui sévit notamment dans les maisons d'arrêt. La CNCDH salue la publication du rapport de la mission d'information parlementaire sur les meilleurs moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, dont elle partage plusieurs recommandations¹⁰⁹³.
23. La CNCDH considère que le détenu doit être réhabilité en tant que sujet de droits, et non comme « *une personne subordonnée par voie réglementaire à la hiérarchie administrative*

Rapport d'information n° 652 déposé en application de l'article 145 du règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, 23 janvier 2013

¹⁰⁹¹ Source : Direction de l'administration pénitentiaire

¹⁰⁹² Voir sur ce point Thomas Clay, Pierre Joxe, Christine Lazerges et Jean-Pierre Mignard (dir), Club Droit, Justice et Sécurité, *Manifeste pour la justice*, Cherche midi, 2012, ou le Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale (voir supra)

¹⁰⁹³ Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale (voir supra)

»¹⁰⁹⁴. Le détenu doit donc se voir reconnaître le droit au respect de sa dignité et de son intégrité physique et psychique, le droit au respect de sa vie privée et familiale, le droit de vote, le droit à la liberté d'expression ou le droit à l'insertion sociale et professionnelle. L'importance des activités culturelles dans les établissements pénitentiaires doit également être soulignée. La CNCDH souligne que la lutte contre l'indigence en prison constitue un des outils de prévention contre la récidive. Environ 35% de la population pénale est concernée par une situation d'indigence¹⁰⁹⁵.

24. De même, la période de détention doit permettre une prise en charge médicale qui permette au détenu de sortir en bonne santé. Or, en raison notamment des défaillances du système de soins, les détenus sortent trop souvent de prison en moins bon état qu'ils y sont entrés. La prise en charge médicale des détenus atteints de troubles mentaux devrait être refondée, pour être de meilleure qualité. La tendance à ériger l'obligation de soins comme peine modifie les rapports entre patients et médecins, et fait obstacle à une prise en charge satisfaisante de ces personnes.
25. Concernant la sortie de prison, la CNCDH rappelle les dangers des sorties sèches, qui sont facteur de récidive. En effet, ainsi que l'a souligné une récente étude consacrée aux risques de récidive des sortants de prison¹⁰⁹⁶, les personnes détenues qui ont fait l'objet d'une libération sans aménagement récidivent plus que les personnes qui ont vu leur peine aménagée. L'importance d'aménager progressivement les peines de prison ne tient donc pas seulement à une volonté de sanctionner en respectant les droits de l'homme, mais tient aussi à une volonté d'éviter la récidive. La CNCDH souhaite que soit mis en place un système progressif qui permette d'aménager la peine d'emprisonnement au fur et à mesure de son exécution. A la suite de son avis du 14 décembre 2006 sur les alternatives à la détention, elle rappelle son souhait que soit mis en place un système de libération conditionnelle tel que proposé par le rapport sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale¹⁰⁹⁷.
26. Un meilleur aménagement des peines doit permettre d'améliorer l'accompagnement socio-éducatif des détenus en fin de peine. A cet égard, la CNCDH demande l'inscription dans la loi de l'obligation que le placement sous surveillance électronique¹⁰⁹⁸ soit accompagné d'un suivi socio-éducatif au lieu d'être soumis au seul respect de formalités coercitives. La CNCDH constate les obstacles pratiques qui empêchent un accompagnement satisfaisant des sorties de prison, et notamment le manque de moyens des services de probation et d'insertion. Concernant les mineurs, la sortie du détenu doit être préparée en lien rapproché avec les services éducatifs qui le suivent et accompagnent la famille au retour du mineur.
27. L'amélioration de l'accompagnement de la sortie de prison doit permettre aux personnes qui sortent de prison de bénéficier pleinement des droits économiques et sociaux qui leur sont reconnus par la loi, et notamment le droit au logement. A minima, il convient de

¹⁰⁹⁴ Commission présidée par Guy Canivet, Premier président de la Cour de Cassation, *Rapport sur l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires*, remis au Garde des Sceaux le 6 mars 2000. La documentation française

¹⁰⁹⁵ Voir l'exposé des motifs de la loi pénitentiaire

¹⁰⁹⁶ Direction de l'administration pénitentiaire: Annie Kensey, Abdelmalik Benaouda, (DAP/PMJ5) « Les risques de récidive des sortants de prison. Une nouvelle évaluation », *Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, mai 2011 n°36

¹⁰⁹⁷ Rapport d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale (voir supra)

¹⁰⁹⁸ Le placement sous surveillance électronique représentait 72% du total des peines aménagées – Loi de finances pour 2013 - Programme n° 107 - Administration pénitentiaire - Objectifs et indicateurs de performance – Indicateur 3.1

garantir que le RSA soit effectivement versé¹⁰⁹⁹ notamment aux détenus qui ont purgé leur peine en maison d'arrêt ou ont été placés en détention provisoire pendant une durée assez longue, s'ils y ont droit. Dans ces deux hypothèses, les services pénitentiaires d'insertion et de probation (SPIP) n'ont pas eu, le plus souvent, le temps de préparer la sortie. La CNCDH demande que, pendant le temps de la détention, soient sélectionnés les détenus éligibles au RSA, pour, avec leur accord, instruire leur dossier, le soumettre à l'autorité compétente afin de décider de l'octroi de cette mesure, puis faire virer au greffe de la prison une fraction de l'indemnité mensuelle due par la caisse d'allocations familiales (CAF). Ainsi, le jour même de sa sortie de prison, dont la date est très souvent aléatoire¹¹⁰⁰, le détenu pourrait percevoir cette somme et disposer de l'adresse où il pourra toucher le complément de son indemnité et une aide pour trouver un emploi. Un tel dispositif permettrait d'éviter que, dépourvu de ressources le plus souvent, l'intéressé ne récidive et ne se retrouve en prison avant d'avoir pu commencer les démarches pour solliciter le RSA. De plus, l'instruction du dossier conduira à faire établir une pièce d'identité qu'il ne possède souvent pas, ce qui lui procure bien des difficultés lors de sa sortie de prison. Si certains détenus peuvent aujourd'hui bénéficier d'un tel dispositif, les SPIP sont généralement trop chargés pour prendre en charge cette tâche qui doit alors être confiée à une association habilitée. Les Conseils généraux sont souvent réticents. Seul un texte doté d'une portée nationale pourrait permettre de garantir sur tout le territoire le versement du RSA pour les détenus sortant de prison.

28. Un effort particulier devrait être fait pour éviter les sorties sèches des étrangers, en aménageant davantage leurs peines et en améliorant leur accompagnement à la sortie de prison. Trop de préfetures refusent encore d'examiner la situation des étrangers au regard du droit au séjour avant leur sortie définitive, alors que, dans le même temps, les juges de l'application des peines ne leur accordent que très rarement un aménagement de peine, étant donné que les étrangers ne disposent pas de titre de séjour et donc peu de garanties de représentation. Ceci est d'autant plus problématique que le dépôt d'une demande de titre de séjour doit se faire en personne au guichet¹¹⁰¹, et que les étrangers sont contraints d'attendre leur libération pour déposer une demande de titre de séjour.
29. Enfin, au-delà de la problématique de l'emprisonnement, il conviendrait également de développer l'expérience dite de la justice restaurative ou réparatrice¹¹⁰², mise en œuvre notamment au Canada depuis une trentaine d'années, qui semble avoir fait ses preuves. Actuellement expérimentée à la maison centrale de Poissy, elle vise à organiser, avec leur accord, des rencontres entre auteur et victime(s) de l'infraction, dans un objectif conjoint de lutte contre la récidive grâce à la compréhension par le condamné de la portée de son acte, de réparation du préjudice moral subi par la ou les victime(s) et de rétablissement de la paix sociale.

¹⁰⁹⁹ Selon une note du centre d'analyse stratégique, 68% des travailleurs pauvre éligibles au RSA activité ne le demanderaient pas - Note d'analyse 306 - Fraude, indus, non-recours : comment faciliter le juste paiement des prestations sociales ? Voir également l'e-ssentiel, Les non-recourants au RSA, Publication électronique n° 124 - juillet 2012 de la Caisse nationale des Allocations familiales, Direction des statistiques, des études et de la recherche

¹¹⁰⁰ Celle-ci peut être liée par exemple à la levée de mandat de dépôt, immédiatement exécutoire, ou à des remises de peine pour des raisons diverses...

¹¹⁰¹ Article R311-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

¹¹⁰² Robert Cario « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale » *AJ Pénal* 2007 p.373 et Robert Cario, *Les rencontres détenus-victime : l'humanité retrouvée*, L'Harmattan - 2012

LISTE DES PRINCIPALES COMMANDATIONS

Recommandation n° 1. La CNCDH recommande que le Gouvernement rompe avec la tendance constatée ces dernières années tendant à investir le système pénal d'une mission spécifique de prévention de la dangerosité.

Recommandation n° 2. La CNCDH recommande de soutenir la recherche scientifique sur le sujet, et de permettre une meilleure diffusion des savoirs.

Recommandation n° 3. La CNCDH recommande d'améliorer la formation des policiers confrontés à des situations difficiles. Elle appelle également à lutter contre les contrôles au faciès¹¹⁰³, et à réfléchir notamment à la mise en place à titre expérimental de récépissés de contrôles. De plus, la CNCDH attire l'attention sur l'intérêt de l'implantation dans ces quartiers de Maisons de la justice et du droit¹¹⁰⁴, ou d'antennes de justice dont le rôle peut être important si un magistrat du Parquet y est effectivement présent, à même d'exercer la fonction d'arbitre entre la population et la police, de défendre les droits des populations, tout en leur rappelant leurs devoirs¹¹⁰⁵.

Recommandation n° 4. La CNCDH appelle à une redéfinition des politiques de prévention de la délinquance qui mette l'accent sur une prévention sociale inclusive permettant l'intégration des populations les plus marginalisées plutôt que leur exclusion.

Recommandation n° 5. La CNCDH recommande de renforcer les dispositifs de soutien à la parentalité, notamment en multipliant les lieux d'écoute et d'information pour les parents.

Recommandation n° 6. La CNCDH recommande de multiplier les classes-relais, qui sont une réponse souvent efficace pour lutter contre l'absentéisme scolaire. Elle recommande également de lutter contre les inégalités scolaires et de renforcer l'éducation à la citoyenneté et aux droits de l'homme.

Recommandation n° 7. La CNCDH recommande de renforcer les moyens alloués à la prévention spécialisée, et d'encourager le recours à la médiation culturelle, sociale, et pénale.

Recommandation n° 8. La CNCDH recommande de supprimer les peines-planchers, et de lancer une réflexion sur la contraventionnalisation de certains délits voire la décriminalisation¹¹⁰⁶ de certains agissements.

Recommandation n° 9. La CNCDH recommande d'encourager le recours aux alternatives à la détention provisoire, y compris pour les étrangers.

¹¹⁰³ Sur le sujet, voir notamment, le Rapport du Défenseur des droits relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité - 2012

¹¹⁰⁴ Article R. 131-1 et suivant du code de l'organisation judiciaire

¹¹⁰⁵ Pierre Lyon-Caen, « Prévenir la délinquance » in *Les politiques de la ville, Revue française d'administration publique* n°71 p. 407 à 416, n°72 p.731 1994)

¹¹⁰⁶ La décriminalisation s'entend non pas de la suppression d'un crime, mais de la suppression d'une incrimination.

Recommandation n° 10. La CNCDH recommande que le dossier de toute personne condamnée à une peine de prison ferme dans le cadre d'une comparution immédiate soit automatiquement transmis au juge de l'application des peines (JAP) dans un délai aussi bref que possible.

En conséquence, il est impératif de doter les JAP des moyens nécessaires pour qu'ils soient en mesure de se prononcer sur chaque décision infligeant une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans comme le leur permet l'article 723-15 du code de procédure pénale.

Recommandation n° 11. La CNCDH demande qu'une réflexion soit lancée pour supprimer totalement le prononcé des peines inférieures à 6 mois d'emprisonnement, à la suite de l'exemple allemand: ceci pourrait permettre de lutter contre la surpopulation carcérale, de réduire les coûts occasionnés par ces détentions, et de mieux lutter contre la récidive.

Recommandation n° 12. La CNCDH recommande que, pour chaque infraction, la loi prévoie l'instauration d'une troisième catégorie de peine principale, la peine privative de droits, à côté de la peine d'emprisonnement et de la peine d'amende.

Recommandation n° 13. La CNCDH recommande la fermeture ou la réhabilitation des établissements pénitentiaires qui offrent des conditions d'enfermement indignes, comme la maison d'arrêt des Baumettes à Marseille¹¹⁰⁷.

Recommandation n° 14. La CNCDH recommande qu'un système de *numerus clausus* soit mis en place, notamment dans les maisons d'arrêt. Chaque établissement pénitentiaire aurait un nombre de places maximum. Lorsque le nombre de détenu ainsi fixé serait atteint, tout nouveau détenu devrait être dirigé vers une prison voisine, disposant de place, ou bien le juge de l'application des peines devrait se prononcer la sortie d'un condamné n'ayant plus que quelques semaines de détention à exécuter¹¹⁰⁸.

Recommandation n° 15. La CNCDH rappelle aux pouvoirs publics la nécessité de proposer à tous les détenus un travail assorti d'un salaire décent¹¹⁰⁹ et qui soit suffisant, à la fois en quantité pour garantir un minimum de ressources, et en qualité pour inscrire le travail dans une démarche à la fois qualifiante et pédagogique préparant à la réinsertion.

Recommandation n° 16. La CNCDH recommande que l'accès aux soins soit garanti, notamment pour les personnes détenues qui sont atteintes de troubles mentaux.

Recommandation n° 17. La CNCDH recommande, à la suite du rapport sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale que soit créé un système de libération conditionnelle, avec « *une libération conditionnelle automatique, aux deux tiers de la*

¹¹⁰⁷ Voir les Recommandations du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 12 novembre 2012 prises en application de la procédure d'urgence (article 9 de la loi du 30 octobre 2007) et relatives au centre pénitentiaire des Baumettes, à Marseille, et réponse de la garde des sceaux, ministre de la justice, du 4 décembre 2012

¹¹⁰⁸ Un tel système est, de facto, appliqué au sein de la maison d'arrêt de Valence depuis 2009- dépêche AFP : Valence, pionnier du "numerus clausus" en prison, 25 janvier 2013

¹¹⁰⁹ Une question prioritaire de constitutionnalité est actuellement soumise à la cour de cassation concernant l'absence de contrat de travail pour les détenus : C. Cass, saisine du 27 décembre 2012 n° Q 12-40.104-R 12-40.105 relative à l'Article 717-3 du Code de Procédure Pénale Conseil des prud'hommes de Metz

peine, pour les personnes condamnées à des peines d'emprisonnement inférieures ou égales à cinq ans, sauf opposition motivée du juge de l'application de peines ». Pour les peines supérieures à 5 ans, le JAP serait dans l'obligation d'examiner la situation du détenu à mi-peine.

Recommandation n° 18. La CNCDH souligne que le recours aux alternatives à la détention doit permettre l'amélioration de l'accompagnement socio-éducatif des détenus en fin de peine.

Recommandation n° 19. La CNCDH recommande que le droit en vigueur soit modifié pour garantir aux personnes détenues de bénéficier, lorsqu'ils y ont droit, du RSA dès leur sortie de prison.

Recommandation n° 20. La CNCDH demande que les étrangers puissent, conformément à la loi pénitentiaire, élire domicile dans l'établissement pénitentiaire, et qu'il leur soit permis de solliciter la délivrance d'un titre de séjour par voie postale¹¹¹⁰, afin que ceux qui y ont droit puissent bénéficier d'un titre de séjour en amont de leur sortie, et que leur peine puisse être aménagée. Concernant les étrangers qui font l'objet d'une interdiction judiciaire du territoire, la CNCDH rappelle qu'eux aussi peuvent bénéficier d'un aménagement de peine sur le territoire français¹¹¹¹.

Recommandation n° 21. La CNCDH recommande, dans une optique de prévention de la récidive, de développer les expériences de justice restaurative.

¹¹¹⁰ Par un courrier en date de juillet 2008, le Directeur de l'administration pénitentiaire a demandé aux préfets de mettre en place un protocole de coordination entre l'administration pénitentiaire et les préfectures pour appliquer des procédures de demandes de titres de séjour ou de renouvellement par voie postale depuis le lieu d'incarcération, sur le modèle d'un premier protocole signé en 2007 entre la préfecture du Val-De-Marne, la direction du SPIP et le point d'accès au droit de la maison d'arrêt de Fresnes. Cependant, ce courrier n'a été suivi que de peu d'effets, et peu de protocoles ont effectivement été signés.

¹¹¹¹ Art. 729-2 du code de procédure pénale

Avis sur le respect des droits des « gens du voyage » et des Roms migrants au regard des réponses récentes de la France aux instances internationales

Assemblée plénière du 22 mars 2012

(Adoptée à l'unanimité)

1. La CNCDH, qui avait formulé en 2008 des recommandations¹¹¹² visant à lutter contre les discriminations dont les « gens du voyage » et les Roms migrants sont victimes en France et à leur garantir l'exercice effectif de leurs droits, a repris ses travaux après l'examen des derniers rapports de la France par le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après CERD), en août 2010. Le CERD a en effet invité la France à fournir, dans un délai d'un an à compter de l'adoption de ses observations finales, des informations sur la suite qu'elle aurait donnée à deux recommandations notamment, l'une concernant des « renvois collectifs de Roms dans leur pays d'origine sans le consentement libre, entier et éclairé de tous les individus concernés », l'autre concernant plusieurs questions liées au statut juridique particulier des « gens du voyage » français.
2. Le caractère prioritaire de ces recommandations du CERD est lié au coup de projecteur porté au cours de l'été 2010, en France, sur les « gens du voyage » et les Roms migrants, à la suite notamment du discours prononcé le 30 juillet 2010 à Grenoble¹¹¹³ par le président de la République. Alors que la CNCDH faisait déjà le constat, dans son étude de 2008, de la parution d'un grand nombre de rapports sur ces questions, émanant notamment des instances internationales des droits de l'homme, cette tendance s'est renforcée depuis l'été 2010, tant au niveau de l'Union européenne, que du Conseil de l'Europe, de l'OSCE ou encore des Nations Unies¹¹¹⁴. Toutes ces publications concourent à mettre en garde, dans un contexte marqué par la montée de manifestations et de violences à caractère raciste envers les Roms, contre les amalgames, le risque de stigmatisation, des pratiques

¹¹¹² http://www.cncdh.fr/article.php3?id_article=599

¹¹¹³ A l'occasion de la prise de fonction du nouveau préfet de l'Isère, le président de la République a fait plusieurs annonces sur la lutte contre la délinquance et l'immigration illégale, dont celle du démantèlement des campements illégaux de Roms et de reconduites à la frontières. Ce discours, prononcé quelques jours après des dégradations perpétrées par des «gens du voyage» dans le centre de la France, a contribué à renforcer l'amalgame, dans l'imaginaire collectif, entre des populations aux problématiques très différentes, Roms migrants et «gens du voyage» pour l'essentiel de nationalité française.

¹¹¹⁴ On se reportera avec intérêt aux développements consacrés à la situation des Roms et des «gens du voyage» dans le rapport de la CNCDH sur *Les droits de l'homme en France - Regards portés par les instances internationales* pour la période 2009-2011 (pp. 324-327). Cf. également l'étude d'ensemble « Donner un visage humain à la mondialisation » soumise à la Conférence internationale du travail de l'O.I.T. en juin 2012, \$773 et suivants, consultable à l'adresse suivante : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174829.pdf

discriminatoires et des violations manifestes des droits de ces personnes, particulièrement les droits économiques et sociaux. En matière d'exercice de leurs droits civiques, la situation des « gens du voyage » y est systématiquement dénoncée, de même que le respect très imparfait de leur mode de vie itinérant, ou supposé tel.

3. La France n'a pas répondu dans un document propre aux deux recommandations prioritaires du CERD mais mentionne les « gens du voyage » et les Roms migrants dans le *Plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme* (ci-après PNACRA), dont elle avait annoncé publiquement l'élaboration en août 2010 et qu'elle a officiellement présenté le 15 février dernier en Conseil des ministres. Deux pages y sont consacrées à « la législation applicable aux gens du voyage », dans des développements sur l'attention à porter aux spécificités de certaines populations. Le PNACRA renvoie par ailleurs, « de manière distincte de la question des «gens du voyage» », à la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* »¹¹¹⁵, établie en réponse à une demande de la Commission européenne et adressée par la France, à la fin de l'année 2011. Cette stratégie, faisant état du caractère inopérant de la notion de Roms en droit français, traite dans une première partie des « priorités pour toutes les populations marginalisées, y compris lorsqu'elles sont Roms » ; une deuxième partie est consacrée aux « dispositifs spécifiques à destination des « gens du voyage », notamment pour ceux connaissant des difficultés d'exercice de leurs droits, notamment en matière d'éducation, d'accès à l'emploi, aux soins ou au logement.
4. Les travaux de 2008 gardent leur pertinence et la CNCDH invite à s'y reporter, elle entend dans cet avis mettre l'accent sur quelques questions cruciales en matière d'exercice de leurs droits par les « gens du voyage » français et les Roms migrants. Les réponses récentes apportées par la France aux demandes des instances internationales, dans les deux documents susmentionnés, lui en fournissent l'occasion.
5. La CNCDH avait retenu dans ses travaux de 2008 les deux termes de « gens du voyage » et de Roms, pour distinguer clairement les problématiques relatives aux personnes de nationalité française d'une part, auxquelles renvoie la catégorie administrative de « gens du voyage », apparue au début des années 1970, et celles relatives aux migrants d'autre part, ressortissants de l'Union européenne pour leur grande majorité. Elle avait cependant mentionné la confusion générale prévalant dans l'emploi de termes servant à désigner de nombreuses catégories de personnes et une grande diversité de situations. En effet, le terme Roms a été officiellement adopté par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe pour désigner, de manière générique, « diverses populations qui présentent plus ou moins les mêmes caractéristiques, telles que les Sinti (Manouches), Gens du voyage, Kalé, etc. ». Souvent, l'expression de « gens du voyage » est accolée à Roms, comme c'est le cas pour le Comité d'experts sur les Roms et les Gens du voyage du Conseil de l'Europe¹¹¹⁶. Le terme de Roms, ou de « gens du voyage » dans le contexte français, renvoie en réalité assez simplement à « un ensemble de petits groupes de traditions, de religions et d'histoires

¹¹¹⁵ La stratégie française est consultable sur :

http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_france_strategy_fr.pdf

¹¹¹⁶ Définition sommaire figurant dans le « *Cadre de l'Union européenne pour les stratégies nationales d'intégration des Roms pour la période allant jusqu'à 2020* », consultable à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/justice/policies/discrimination/docs/com_2011_173_fr.pdf

On se reportera avec intérêt au glossaire terminologique du Conseil de l'Europe sur les Roms et les Gens du voyage de décembre 2006 ou à l'ouvrage de Jean-Pierre Liégeois paru en juillet 2010 à la Découverte, *Roms et Tsiganes*

souvent différentes qui s'autodésignent Rom, Gitans, Manouches ou Yéniches » et qui ont pu être regroupés sous l'appellation de « groupes tsiganes »¹¹¹⁷. Malgré la très grande hétérogénéité des situations de ces personnes et de ces groupes, un point commun est celui du rejet social dont ils sont l'objet, qui a justifié leur reconnaissance de « minorité européenne » par les instances européennes et la définition d'un cadre stratégique pour améliorer leur situation.

6. Le premier groupe, celui des « gens du voyage », réunit des individus qui possèdent pour la très grande majorité la nationalité française et qui ont un mode de vie traditionnel fondé à l'origine sur la mobilité et le voyage, même si nombre d'entre eux sont aujourd'hui sédentaires. On estime qu'il y a en France environ 500.000 personnes qui peuvent être rattachées au groupe des « gens du voyage »¹¹¹⁸. Au sein de ce groupe plusieurs distinctions s'imposent, qui peuvent être liées soit à l'origine des individus (Pirdé, Yéniches, Sinti-Piémontais, Gitans, Manouches...), soit à la catégorie socioprofessionnelle d'appartenance. Loin d'être homogène, le groupe des « gens du voyage » revêt des réalités sociales et économiques très diverses, certaines familles affrontant des situations de grande précarité, tandis que d'autres ont des conditions de vie relativement plus confortables, du fait de leur activité économique (commerçants, forains, cirques...).
7. Le second groupe, celui des Roms ou Roms migrants, rassemble les personnes vivant sur le territoire national, venant essentiellement des pays d'Europe centrale et orientale (Roumanie, Bulgarie, pays de l'ex-Yougoslavie) et se reconnaissant comme Roms. Ces populations, sédentarisées avant leur venue en France, fuient les discriminations et les difficultés économiques dont elles souffrent dans leur pays d'origine. Les observations des associations et des comités de soutien conduisent à estimer que leur nombre est stable depuis plusieurs années, de l'ordre de 15 à 20.000 personnes sur l'ensemble du territoire. La grande majorité d'entre eux vient de Roumanie (probablement plus de 90%), de petits groupes de Roms bulgares sont également installés en France, de même que quelques familles en provenance des pays d'ex-Yougoslavie, présentes de façon plus sporadique sur plusieurs départements. Les différents groupes sont principalement représentés en Ile-de-France et dans les grandes villes françaises ou leurs abords (Marseille, Bordeaux, Lyon, Lille, Grenoble...).
8. Les différences de modes de vie, de statut, de droit applicable entre les « gens du voyage » d'une part, et les Roms migrants d'autre part, impliquent de traiter ces deux groupes dans des parties distinctes, en fonction des problématiques qui sont propres à chacun. La CNCDH, bien qu'elle reprenne dans le présent avis, pour des facilités de compréhension, une terminologie usitée, en reconnaît les limites. Au-delà du caractère impropre de l'expression « gens du voyage », la référence aux Roms comporte un risque de catégorisation de ces populations, qu'au motif légitime de lutter contre les discriminations dont elles sont victimes, on risque de catégoriser et d'assigner dans des identités prédéterminées. A ce titre, on peut regretter que la « *Stratégie du Gouvernement français*

¹¹¹⁷ Christophe Robert, *Eternels étrangers de l'intérieur ? Les groupes tsiganes en France*, Paris, Desclée de Brouwer, 2007

¹¹¹⁸ Cette estimation est obtenue à partir des données relatives aux détenteurs de titre de circulation. Il faut noter que tous les «gens du voyage» n'en détiennent pas nécessairement, dès lors qu'ils ont une résidence fixe. Seules 100 à 150.000 personnes seraient en situation de réelle mobilité pendant la période scolaire (septembre - mai) ; certaines personnes n'auraient un mode de vie itinérant que pendant les mois d'été (juin - août).

pour l'inclusion des Roms » entretienne une réelle confusion quant à la définition des populations concernées. Cette dernière ne tient pas compte de l'hétérogénéité des populations elles-mêmes et ne montre aucun élément de convergence, notamment sur les questions de discriminations ou de précarité et des problèmes qu'elles posent quant à l'accès au droit (problématiques pourtant retenues par la Commission européenne dans sa communication de mai 2011).

I. LES QUESTIONS RELATIVES AUX « GENS DU VOYAGE »

9. Dans ses recommandations finales d'août 2010, le CERD faisait état de sa grande préoccupation quant aux difficultés rencontrées par les « gens du voyage », « notamment eu égard à la liberté de circulation, à l'exercice du droit de vote ainsi qu'à l'accès à l'éducation et à un logement décent ». Le Comité mettait notamment l'accent sur l'incomplète mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2000 dite « loi Besson » en matière d'aménagement d'aires d'accueil et sur l'obligation légale faite aux « gens du voyage » de se munir d'un titre de circulation à renouveler périodiquement. Le comité invitait « instamment [la France] à assurer aux « gens du voyage » l'égalité de traitement eu égard au droit de vote et à l'accès à l'éducation. [Il recommandait] la mise en œuvre accélérée de la loi Besson de manière à ce que la question des aires illégales de stationnement ne se pose plus. Le Comité [recommandait] également d'abolir les titres de circulation des « gens du voyage » de manière à garantir une égalité de traitement entre tous les citoyens [français]. »
10. La CNCDH avait en 2008 dénoncé les atteintes portées à l'exercice des droits civils et politiques, notamment la liberté d'aller et venir, celle de s'installer et celle de s'inscrire sur les listes électorales, ainsi que les atteintes portées à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, qu'il s'agisse des discriminations subies sur le marché du travail, des atteintes au droit à l'éducation liées aux problèmes de stationnement et de l'ineffectivité du droit au logement.

A. DROITS CIVILS ET POLITIQUES

11. Elle se félicite par conséquent que le PNA reprenne à son compte certaines propositions formulées par le sénateur Pierre Hérisson dans son rapport remis au Premier ministre en juillet 2011¹¹¹⁹, notamment la suppression des titres de circulation - « dépassés alors que de plus en plus de personnes, qui n'appartiennent pas nécessairement au monde du voyage, vivent en caravane » - et l'alignement sur le droit commun des conditions d'inscription des « gens du voyage » sur les listes électorales. La CNCDH recommande cependant que la mise en œuvre de ces recommandations se fasse dans les meilleurs délais et dénonce avec force le fait qu'une mesure aussi discriminatoire que l'obligation pour les « gens du voyage » d'être détenteurs d'un titre de circulation spécifique qu'ils doivent faire viser fréquemment par les autorités de police ou de gendarmerie, subsiste encore.

¹¹¹⁹ Hérisson Pierre, *Gens du voyage : pour un statut proche du droit commun*, rapport au Premier ministre, juillet 2011.

12. Pour ce qui est du droit de vote, elle rappelle qu'une proposition de loi visant à abroger la loi du 3 janvier 1969 a été rejetée en janvier 2011 au motif que les conclusions d'une mission d'information sur la législation relative aux « gens du voyage » étaient sur le point d'être publiées¹¹²⁰ ; les propositions de cette mission d'information ont été à leur tour mises en attente de la publication du rapport du sénateur Hérisson. Il serait choquant que l'évolution de la législation n'aboutisse pas rapidement alors même qu'un consensus est acquis, que la France a été condamnée à deux reprises, en décembre 2007 et octobre 2009, par le Comité européen des droits sociaux, et que le Défenseur des droits, dans une de ses premières décisions en décembre 2011, a lui-même dénoncé « l'entrave directe et excessive » de l'accès au droit de vote des « gens du voyage » et « cette discrimination directe à l'encontre des « gens du voyage » dans l'accès à l'un des droits les plus élémentaires du citoyen, le droit de vote, fondement essentiel d'une société démocratique »¹¹²¹.
13. Dans ses propositions, le sénateur Hérisson s'est prononcé pour un maintien de la commune de rattachement au motif que ce dispositif, qui produit les effets attachés au domicile, permet aux «gens du voyage» d'exercer leurs droits et devoirs civiques. La procédure de domiciliation prévue dans la loi DALO, qui produit les mêmes effets, n'est pas jugée satisfaisante du fait de son caractère facultatif. Le rapport du sénateur Hérisson prône également le maintien de la limite du nombre de «gens du voyage» rattachés à une même commune à 3% de sa population recensée.
14. La CNCDH avait déjà souligné le caractère particulièrement stigmatisant de la mention d'une commune de rattachement sur les papiers d'identité. Elle réitère sa recommandation de ne pas faire apparaître le seul nom de la commune de rattachement sur les papiers d'identité délivrés aux « gens du voyage » mais une adresse complète, qui limite le risque de stigmatisation, comme le propose d'ailleurs le sénateur Hérisson. Elle regrette cependant que les propositions de modification de la loi de 1969 faites par le sénateur Hérisson soient restées au milieu du gué, que le principe de la commune de rattachement ait été maintenu, ainsi que le quota de 3% dont elle avait demandé la suppression en 2008.

B. DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

15. La question de l'habitat des « gens du voyage » et de l'exercice de leur droit au logement et au stationnement temporaire ne se réduit pas à la seule mise en œuvre accélérée de la loi Besson, que demande avec raison le CERD, et ce pour plusieurs raisons : l'aménagement des aires d'accueil prévues dans les schémas départementaux doit en effet être poursuivi pour répondre aux pratiques itinérantes d'une partie des « gens du voyage » et atteindre l'objectif quantitatif fixé initialement. Cet objectif ne peut cependant pas faire l'économie d'une dimension qualitative alors que se développe, de la part d'une grande partie des « gens du voyage », une très grande intolérance aux conditions d'accueil qui leur sont imposées. L'aménagement des aires d'accueil temporaires ne répond par ailleurs pas aux besoins d'ancrage local des « gens du voyage » semi-sédentaires ou en cours de sédentarisation sur des « terrains familiaux » dont l'aménagement est encore aujourd'hui anecdotique. A ce titre, la loi sur le droit au logement opposable, dite loi « DALO » devrait

¹¹²⁰ Quentin Didier, *Bilan et adaptation de la législation relative à l'accueil et l'habitat des gens du voyage*, Rapport d'information, Assemblée nationale, mars 2011

¹¹²¹ Défenseur des droits, Décision n° R – 2011 – 11, citant notamment les délibérations de la HALDE restées sans réponse et le rapport spécial publié au Journal officiel le 17 octobre 2009

s'appliquer aux familles du voyage qui souhaitent se sédentariser, en leur permettant de bénéficier - dans le cadre de cette loi - de l'aménagement de leur terrain familial. En outre, la prise en compte des besoins d'habitat pour les « gens du voyage » doit figurer dans la planification budgétaire des financements de logement social.

16. La CNCDH avait consacré de longs développements dans son étude de 2008 aux réticences politiques à l'application de la loi Besson et aux atteintes portées au droit au logement des « gens du voyage », qui restent entièrement d'actualité. La mise en œuvre de la loi Besson reste encore très partielle et s'est même ralentie. Il est utile de rappeler en outre qu'elle ne s'applique pas aux petites communes rurales. La CNCDH ne peut que rappeler ses recommandations alors que l'interdiction de stationner sur la plus grande partie du territoire est devenue la règle pour les «gens du voyage», que les facilités d'expulsion se sont renforcées et que la pénalisation du stationnement irrégulier a été fâcheusement instituée.
17. En ce qui concerne le stationnement temporaire des caravanes sur un terrain situé dans une commune ne possédant pas d'aire de stationnement et n'appartenant pas au propriétaire de la caravane, la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, dans son article 53, l'a érigé en délit (art. 322-4-1 du Code pénal). Ainsi là où, antérieurement, le juge judiciaire était saisi et pouvait, après avoir entendu les intéressés, donner un délai avant l'expulsion du terrain, les gendarmes peuvent intervenir immédiatement l'infraction constatée et saisir les véhicules automobiles. La question de l'opportunité du maintien de cette loi de 2003 à l'effet brutal et ne permettant pas l'intervention d'un juge avant l'exécution de la mesure d'expulsion, mérite d'être posée (et devrait faire partie de la réflexion mentionnée au paragraphe précédent).
18. La mention, dans la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* », d'une « politique ambitieuse » en matière de logement est dans ce contexte pour le moins inappropriée, alors que moins de la moitié des aires d'accueil prévues ont été réalisées à ce jour et que le pouvoir des préfets de se substituer aux communes pour la réalisation de ces aires n'est que très rarement utilisé. L'enquête menée en 2009 et 2010 par l'Association Nationale des Gens du Voyage Catholiques (ANGVC) est à ce titre éclairante : une première partie de l'enquête portait sur les interdictions générales et absolues de stationnement sur les territoires communaux, hors des aires d'accueil aménagées, qu'il s'agisse de terrains appartenant ou n'appartenant pas aux «gens du voyage» ; une deuxième partie de l'enquête portait sur l'utilisation par les préfets des outils informatifs et coercitifs à disposition pour la prise en compte effective de l'habitat mobile permanent. Les conclusions de l'ANGVC tendent à constater « une attitude généralisée des communes [...] d'ignorer ou d'interdire sur toute l'étendue de leur territoire le mode d'habitat mobile permanent des gens du voyage, [...] confortés par le mutisme ou l'inefficacité des services de l'Etat. »
19. La CNCDH recommande par conséquent à nouveau que les préfetures assurent leur mission d'accompagnement des collectivités en matière de mise en œuvre de la loi Besson, par la réquisition de terrains si nécessaire, et qu'elles exercent par ailleurs un véritable contrôle des documents d'urbanisme dans lesquels la caravane comme mode d'habitat est trop peu souvent reconnue et le plus souvent interdite sans motivation précise.

20. La CNCDH s'associe aux recommandations du rapport du sénateur Hérisson en ce qui concerne la gestion des aires d'accueil, l'harmonisation des règlements intérieurs, leur localisation et la nécessité de respecter en matière d'aménagement de ces aires des normes de confort assurant un logement décent. Plusieurs auditions ont confirmé que la variété des tarifs pratiqués excluait de certaines aires des familles aux revenus modestes, que leur localisation dans des zones de relégation des communes et les restrictions apportées à leur accès la nuit et les week-ends notamment dissuadaient beaucoup de voyageurs de s'y arrêter.
21. Le désir d'ancrage territorial d'une partie des « gens du voyage » est aujourd'hui une question essentielle à laquelle les réponses sont encore très insuffisantes. La CNCDH renvoie aux analyses du rapport du sénateur Hérisson et de la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* » sur la nécessité, pour l'Etat, de soutenir les opérations d'habitat adapté complémentaire des aires d'accueil temporaire, désignés sous le terme générique de « terrains familiaux ». A l'heure actuelle, le nombre de places en terrain familial financé est très faible, ce qui explique notamment l'installation de « gens du voyage » sur des terrains dont ils sont propriétaires, le plus souvent situés en zone non constructible et dont l'occupation pose des questions inédites, d'accès aux fluides notamment, eau et électricité.
22. La CNCDH attire l'attention sur la Décision n°2011-84 du 1^{er} décembre 2011 du Défenseur des droits, saisi de la question de la protection de l'accès à l'eau et à l'électricité pendant la période hivernale, en faveur des personnes vivant en caravane sur un terrain dont ils sont propriétaires et situé en zone non constructible. Si les saisines émanent notamment de « gens du voyage », elles « se rapportent à une problématique plus large qui concerne toutes les personnes dont la caravane constitue l'habitat permanent, qu'ils soient ou non sédentaires ». En se fondant sur la protection dont bénéficient les familles sédentaires¹¹²², le Défenseur des droits soulève le paradoxe de l'absence de protection « des personnes qui vivent en caravane, sur un terrain leur appartenant, et qui n'ont pas d'impayés », alors même que « l'habitat non sédentaire, qu'il soit choisi ou subi, implique obligatoirement des conditions de vie plus précaires, qui s'amplifient à l'arrivée de l'hiver ». Mentionnant les solutions pragmatiques trouvées dans de très nombreuses communes de France, le DDD « recommande qu'un dispositif de trêve hivernale [...] soit mis en œuvre en faveur des personnes vivant en caravane sur un terrain dont ils sont propriétaires ».
23. La CNCDH recommande par ailleurs que la loi SRU tienne davantage compte des spécificités de l'habitat des « gens du voyage » et que la prise en compte de la mixité de l'habitat progresse. Elle n'est pas favorable aux propositions d'inclure dans les 20% de logement social des habitats en caravane, qui doivent rester un mode d'habitat choisi et non imposé pour des raisons économiques ou de pénurie de logements.
24. La CNCDH souhaite qu'une réflexion, absente pour l'instant des différents travaux parlementaires, soit menée et aboutisse sur la reconnaissance de la caravane comme un véritable logement, avec les aides afférentes (aides au logement, prêt spécifique, fonds de

¹¹²² L'article 1^{er} de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité consacre le droit de tous à l'électricité, la loi du 30 décembre 2006 (n°2006-1772) sur l'eau et les milieux aquatiques consacre l'existence d'un droit à l'eau pour tous, le Code de l'action sociale et des familles (art. L.115-3) interdit l'interruption, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz du 1^{er} novembre au 15 mars.

solidarité logement des Conseils généraux), dans les cas où le fait de vivre en caravane relève bien d'un choix non contraint.

25. En matière d'accès à l'éducation, les personnes auditionnées s'accordent à considérer que l'inscription d'enfants voyageurs dans les écoles s'est améliorée depuis les travaux de la CNCDH en 2008 et que la délibération de la HALDE relative au refus d'inscription d'enfants du voyage¹¹²³ a joué un rôle positif dans cette évolution. Des difficultés d'accès à la cantine scolaire, par application du tarif le plus élevé à des familles n'ayant pas leur domicile sur la commune, ont été mentionnées par les personnes auditionnées et, si elles ne sont pas à proprement parler des refus d'inscription, peuvent y être comparées et portent une atteinte grave à la scolarisation effective des enfants du voyage. D'autres problèmes demeurent, notamment pour ceux des « gens du voyage » qui sont assignés à l'itinérance du fait de l'absence de places en nombre suffisant dans les aires d'accueil ou qui vivent dans des conditions de grande précarité. A cela s'ajoutent des sentiments de méfiance de la part des « gens du voyage » à l'égard de l'institution scolaire qui constituent autant d'obstacles à un accès effectif à l'éducation. Les processus d'évitement du collège notamment, assez généralement observés, méritent une attention particulière à laquelle le ministère de l'éducation nationale semble acquis. La CNCDH encourage les initiatives mises en œuvre dans certains collèges, avec l'appui du ministère, pour que soit accueillis les jeunes voyageurs en tenant compte de l'itinérance - pour assurer la continuité scolaire - tout en favorisant la mixité sociale. Par ailleurs, les enseignants devraient être formés à la connaissance et à la compréhension des populations nomades afin de contribuer à pacifier les relations entre sédentaires et nomades, à dépasser les clichés et la peur ancrés de part et d'autre et ainsi permettre aux enfants d'étudier ensemble dans de bonnes conditions.
26. La CNCDH aurait souhaité que la proposition du rapport Hérisson d'imposer dès le primaire la double inscription, à la fois dans un établissement scolaire et au Centre National d'Enseignement à Distance (CNED), soit reprise dans le PNA et dans la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* ». Au-delà des résultats produits par les dispositifs existants, l'enjeu de cette double inscription est celui de faire entrer la scolarisation des enfants du voyage dans le droit commun par le biais de la fréquentation régulière d'un établissement scolaire¹¹²⁴. Cette double inscription conserve toute sa nécessité au collège. Elle rappelle également que la localisation des aires d'accueil conditionne largement l'effectivité de la scolarisation et que la proposition d'inscrire dans les schémas départementaux la nécessité de localisation les aires d'accueil à proximité des services publics relève de l'évidence. Elle souligne enfin qu'une scolarisation dès la maternelle constitue un rempart contre l'échec scolaire dans le primaire et que des efforts particuliers doivent être faits dans ce sens.
27. La France reconnaît dans les « gens du voyage » une catégorie administrative, construite à partir du mode de vie itinérant auquel s'attache un statut juridique particulier. On constate d'une part que la reconnaissance du droit à l'itinérance est toute relative aujourd'hui, d'autre part que malgré le refus de voir dans les « gens du voyage » autre

¹¹²³ HALDE, délibération n° 2009-232 du 8 juin 2009

¹¹²⁴ Le ministère de l'Education nationale n'a pas encore réglé la traduction juridique de cette proposition dont l'esprit est bien que les élèves soient fortement incités à fréquenter un établissement scolaire même s'ils sont inscrits au CNED.

chose qu'une catégorie administrative, ils sont très clairement victimes de discriminations fondées sur l'origine (Cour de Cassation, 28 novembre 2006, Maire de Brangues). En conséquence, la CNCDH demande la suppression de cette catégorie particulièrement stigmatisante pour les populations qu'elle désigne.

28. Il est permis d'espérer qu'une prise de conscience progressive fera aboutir les revendications relatives aux droits civils et politiques et à la reconnaissance de l'habitat en caravane, d'autres questions restent entières et devraient faire l'objet d'une consultation systématique des populations concernées afin de s'assurer au maximum de leur pertinence et d'évaluer avec elles les avancées (mixité de l'habitat, accès au logement social, formation professionnelle, validation des acquis de l'expérience, etc.).
29. Parallèlement aux questions garantissant l'accès aux droits, il est indispensable d'engager une lutte contre les discriminations. La lutte contre ces discriminations d'ordre ethnique, culturel ou social subies par les « gens du voyage », dont l'originalité est d'être largement acceptées et banalisées par la société (le traitement différencié du droit commun y contribuant), et qui les obligent à adopter des stratégies de « débrouille » perpétuant une défiance réciproque et du rejet, est incontournable.

II. LES QUESTIONS RELATIVES AUX ROMS MIGRANTS

30. Lors de l'examen des derniers rapports présentés par la France, le CERD s'est inquiété « de la montée des manifestations et des violences à caractère raciste envers les Roms sur le territoire de l'État partie » et « d'informations [faisant] état de ce que des Roms ont été renvoyés de manière collective dans leurs pays d'origine, sans que n'ait été obtenu le consentement libre, entier et éclairé de tous les individus concernés. » Par ailleurs, le Comité s'est montré préoccupé « par la situation difficile des membres de la communauté Rom quant à l'exercice de leurs droits économiques, sociaux et culturels ». Il invite donc le gouvernement « à œuvrer à travers des solutions pérennes au règlement des questions relatives aux Roms sur la base du respect plein et entier de leurs droits de l'homme » et « à garantir l'accès des Roms à l'éducation, à la santé, au logement et autres infrastructures temporaires dans le respect du principe d'égalité et de prendre en considération à cet égard la Recommandation Générale No. 27 (2000) du Comité sur la discrimination à l'égard des Roms. »
31. La CNCDH entend donc aborder dans le présent avis deux questions qui retiennent plus particulièrement l'attention des instances internationales, le CERD, mais aussi l'ECRI et la Commission européenne : les atteintes au droit de séjour et à la liberté de circulation (1) et les atteintes portées à l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (2).

A. DROIT DE SEJOUR ET LIBERTE DE CIRCULATION

32. Les Roms présents sur le territoire français viennent pour une très large part de Roumanie, et dans une moindre mesure de Bulgarie. Ils sont donc, depuis le 1er janvier 2007, citoyens de l'Union européenne et à ce titre bénéficient du droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, en vertu des dispositions de la directive 2004/38/CE¹¹²⁵.

¹¹²⁵ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Toutefois, ce droit peut-être remis en cause si le ressortissant communautaire ne satisfait pas aux conditions de séjour énoncées par la directive ou s'il présente une menace pour l'ordre public, l'Etat membre d'accueil peut alors ordonner une mesure d'éloignement du territoire. En vertu du droit communautaire, cette mesure doit être une mesure individuelle, devant faire l'objet d'un examen personnalisé et d'une motivation conforme aux dispositions relatives au droit de séjour. En France, au-delà des limitations prévues par la Directive, plusieurs dispositions législatives ou réglementaires viennent limiter le droit au séjour des ressortissants roumains et bulgares, et dans les faits des Roms.

1° Les mesures transitoires

33. Conformément aux traités d'adhésion à l'Union européenne, des dispositions transitoires peuvent être mises en place par les Etats membres s'ils considèrent que leur marché du travail est menacé, et ce pour une période pouvant durer jusqu'à sept ans à compter du 1^{er} janvier 2007. En vertu de ces dispositions, pour obtenir un titre de séjour en France, au-delà d'une période de trois mois, les Roumains ou Bulgares doivent trouver un emploi et obtenir une autorisation de travail. Les demandes d'autorisation de travail doivent être effectuées par les futurs employeurs, qui doivent de plus payer une taxe à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), dont le montant varie en fonction de la durée d'embauche et du salaire. Dans sa délibération 2009-372 du 26 octobre 2009, la HALDE notait que ces mesures sont « de véritables freins à l'emploi [qui] peuvent inciter les Roms à travailler illégalement et à mendier ». Par ailleurs, ces mesures empêchent, *de facto*, les Roms de satisfaire aux conditions d'emploi ou de ressources nécessaires à l'obtention d'un titre de séjour. Ces mesures, certes légales, présentent donc un caractère discriminatoire, dès lors qu'elles se prolongent dans le temps, puisqu'elles limitent l'accès au séjour de certains citoyens européens, en fonction de leur nationalité.

2° Le motif de la charge déraisonnable

34. Ne pouvant que très rarement exercer une activité professionnelle régulière en France, les Roms roumains ou bulgares désireux de demeurer sur le territoire, doivent remplir deux conditions cumulatives : disposer de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale et disposer d'une assurance maladie. C'est essentiellement la notion de charge déraisonnable qui est invoquée par les préfetures pour motiver les obligations de quitter le territoire (OQTF) visant les populations Roms.

La liberté de circulation est également consacrée par l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et par l'article 45 de la Charte européenne des droits fondamentaux.

La directive précise que la liberté de circulation des citoyens européens et des membres de leur famille ne peut être limitée que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (article 1-c). En deçà d'une période de trois mois, les ressortissants communautaires peuvent séjourner dans un Etat membre sans autres conditions ou formalités que l'exigence d'être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité (article 6). Pour des séjours de plus de trois mois, la directive dispose que, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, tout citoyen de l'Union européenne, a le droit de séjourner dans un autre Etat membre s'il satisfait à l'une des conditions suivantes :

- s'il exerce une activité professionnelle;
- s'il dispose de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat d'accueil ;
- s'il suit des études (y compris une formation professionnelle) (article 7).

35. Or ce motif d'éloignement dans le cas des Roms roumains ou bulgares est très contestable au plan de sa légalité au regard des textes et de la jurisprudence européens qui en font un argument très contraignant pour l'Etat qui l'invoque. En effet, la directive 2004/38/CE précise que le seul fait de recourir au système d'assistance sociale n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement (considérant 16). La Commission européenne a par ailleurs confirmé l'usage très limité de ce motif rendu possible par la directive en rappelant que d'une part « seule la perception de prestations d'assistance sociale peut être considérée comme pertinente pour déterminer si l'intéressé représente une charge pour le système d'assistance sociale ; d'autre part, qu'avant de déterminer si l'insuffisance des ressources et la perception de prestations sociales constituent une charge déraisonnable, il revient à l'administration de procéder à une appréciation de la proportionnalité de cette charge au regard des trois critères définis par la directive : le durée, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée¹¹²⁶. » Or de fait, la France ne satisfait pas à cette exigence d'évaluation. Les constats des associations tendent à montrer que l'instruction individualisée de la situation des personnes est rarement conduite, le seul fait de vivre en squat ou en bidonville est considéré comme une preuve établissant le motif de la charge déraisonnable, et les Roms roumains ou bulgares, qui pour la très grande majorité ne bénéficient d'aucune prestation sociale, sont frappés de mesures d'éloignement sans que celles-ci ne respectent les exigences procédurales du droit communautaire.
36. Il convient d'ajouter que la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité introduit la possibilité pour l'administration de prendre des mesures d'éloignement à l'encontre des ressortissants communautaires sur le fondement d'une absence de droit au séjour, y compris lorsque cette absence de droit au séjour vise les citoyens européens présents en France depuis moins de trois mois, au motif qu'ils constitueraient une charge déraisonnable pour l'Etat d'accueil. Pour des séjours de moins de trois mois, cette disposition apparaît contraire aux exigences du droit communautaire¹¹²⁷. Le fait de perdre son droit au court séjour (inférieur à 3 mois) pour le motif de la charge déraisonnable que représenterait le ressortissant communautaire pour le système d'assistance sociale de l'Etat d'accueil paraît ne pas pouvoir se réaliser dans les faits. En effet, la Cour de Justice « admet une certaine solidarité financière des ressortissants de cet Etat avec ceux des autres Etats membres, notamment si les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire »¹¹²⁸. D'autre part, comment imaginer qu'une personne, présente depuis moins de trois mois, représente une telle charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale, d'autant plus que l'accès aux prestations telles la CMU, l'AME, le RSA ou encore l'AAH est soumis à une condition de résidence sur le territoire français de plus de trois mois.

¹¹²⁶ Communication de la Commission au Parlement et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, 2009

¹¹²⁷ Dans son avis n° 315441 du 26 novembre 2008, le Conseil d'Etat évoquait la possibilité de fonder une mesure d'éloignement au motif de l'insuffisance, alors même que l'intéressé n'est pas encore effectivement pris en charge par le système d'aide sociale, seulement en ce qui concerne les ressortissants qui séjournent en France depuis plus de trois mois.

¹¹²⁸ CJCE 20 septembre 2001, Aff.-184/99, GRZELCZYK. Même si cette jurisprudence porte sur une directive « séjour » antérieure à la directive 2004/38, le raisonnement demeure identique dans la mesure où cette dernière se borne à refondre les anciennes en y intégrant la jurisprudence de la Cour.

3° Le motif du trouble à l'ordre public

37. Si l'atteinte à l'ordre public peut motiver une mesure d'éloignement en droit communautaire, c'est sous réserve qu'elle respecte les exigences de l'article 27 de la directive 2004/38/CE¹¹²⁹. Par ailleurs, en dehors de la définition matérielle de l'ordre public, des garanties procédurales spécifiques doivent encadrer de telles mesures d'éloignement¹¹³⁰. A la lumière du droit communautaire applicable en l'espèce, il semble que les mesures d'éloignement du territoire ainsi motivées doivent demeurer bien plus exceptionnelles que celles prises sur le même fondement pour les ressortissants d'Etats tiers ; la liberté de circulation ainsi que la citoyenneté européenne étant deux libertés fondamentales davantage consacrées et protégées.
38. De nombreux acteurs de terrain et associations ont fait part à la CNCDH du fait que les préfetures notifient des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF) au titre d'une menace grave à l'ordre public sans satisfaire aux exigences du droit communautaire. La CNCDH constate que dans les cas où les personnes parviennent à déposer un recours, les tribunaux annulent généralement ces mesures, jugées disproportionnées, motivées par le vol à l'étalage, le vol de vêtements, de robinetterie, de câbles, la conduite en état d'ivresse, le racolage¹¹³¹... Concernant l'occupation illégale de terrain, également souvent invoquée, la Cour administrative d'appel de Versailles a estimé, en juillet 2009, que la simple occupation illégale, en l'absence de circonstances particulières et même s'il est fait état d'atteintes à la salubrité publique, « ne suffit pas à elle seule à caractériser l'existence d'une menace à l'ordre public »¹¹³².
39. Le deuxième alinéa de l'article L.511-3-1 du CESEDA¹¹³³, créé par l'article 39 de la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, dispose que l'administration peut prendre une mesure d'éloignement du territoire français à l'encontre des ressortissants communautaires dont le séjour serait constitutif d'un « abus de droit »¹¹³⁴. Ce nouveau fondement aux mesures d'éloignement semble juridiquement contestable et, en tout état de cause, matériellement complexe à mettre en œuvre. En effet, l'on comprend mal de quel avantage pourrait bénéficier un ressortissant communautaire qui choisirait

¹¹²⁹ A savoir :

- l'existence « d'une menace réelle, actuelle, et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »,
- le principe de proportionnalité,
- le fondement de la décision « exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné ». La directive précise que « l'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver de telles mesures. ».

¹¹³⁰ La décision d'éloignement « est notifiée par écrit à l'intéressé dans des conditions lui permettant d'en saisir le contenu et les effets » (article 30-1).

« Les motifs précis et complets d'ordre public » sont portés à la connaissance des intéressés (article 30-2) qui « ont accès aux voies de recours juridictionnelles et, le cas échéant, administratives dans l'Etat membre d'accueil » pour attaquer une décision prise à leur encontre (art. 31-1). Sauf en cas d'urgence, ce délai « ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de notification » (art. 30-3).

¹¹³¹ Voir les décisions du tribunal administratif de Lyon n° 0704325 du 29 juin 2007, n° 0701326 du 6 Mars 2007, n° 0700541 et n° 0700542 du 2 février 2007 ; les décisions des tribunaux administratifs de Rennes n° 0803460 du 8 août 2008 et de Nantes n° 073176

¹¹³² CAA Versailles 15 juillet 2009, Préfet du Val d'Oise, n° 08VE03042

¹¹³³ Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile

¹¹³⁴ Aux termes de cet article, l'abus de droit peut être constitué par :

- « le fait de renouveler des séjours de moins de trois mois dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour de plus de trois mois ne sont pas remplies » ;
- Le fait de séjourner « en France dans le but essentiel de bénéficier du système d'assistance sociale ».

d'effectuer de nombreux allers-retours entre la France et son pays d'origine, en conservant donc le « non-statut » de résident en France depuis moins de trois mois.¹¹³⁵

40. Depuis le décret du 26 octobre 2009 portant création du fichier « OSCAR »¹¹³⁶, les ressortissants communautaires effectuant des allers-retours entre la France et leur pays d'origine ne peuvent plus bénéficier de l'aide au retour humanitaire à plusieurs reprises, leur photographie et leurs empreintes digitales étant recensées dans ce nouveau fichier. Par ailleurs s'agissant de l'exercice de la liberté de circulation - liberté fondamentale - toute atteinte portée doit l'être de manière très restrictive, encadrée et précisément définie. Or, si la directive 2004/38/CE évoque également rapidement la notion d'« abus de droit », elle semble la cantonner à des cas rares, notamment de fraude. Dans son considérant 28, comme dans son article 35, elle illustre cet abus et cette fraude par les mariages de complaisance. Ainsi, le contenu extensif de la notion telle que définie par la loi semble être, lui, une violation des articles 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et 6 de la directive 2004/38/CE.
41. Enfin, ce nouvel outil juridique offrant une possibilité supplémentaire de fonder des décisions d'éloignement semble particulièrement peu aisé à mettre en œuvre concrètement. En effet, il appartiendra à l'administration de prouver, d'une part, que les ressortissants sont présents en France depuis moins de trois mois. Mais il lui appartiendra aussi de prouver, d'autre part, qu'ils effectuent de tels allers-retours « dans le but de se maintenir sur le territoire alors que les conditions requises pour un séjour de plus de trois mois ne sont pas remplies » ou bien dans celui « de bénéficier du système d'assistance sociale ». Or, sur ce dernier point et ainsi qu'il l'a été mentionné plus haut, il est difficile, compte tenu du droit interne, de bénéficier du système d'assistance sociale (en dehors de l'hébergement d'urgence et d'aides facultatives ponctuelles) lorsque l'on réside depuis moins de trois mois sur le territoire français.
42. Aussi, il paraît malaisé d'expliquer l'utilité et l'opportunité de telles dispositions - juridiquement fragiles et concrètement peu efficaces - si ce n'est par la tentative de stigmatiser certains ressortissants communautaires, ceux les plus concernés par les allers-retours entre la France et leur pays d'origine, ceux dont l'absence de ressources fait craindre qu'ils viennent uniquement pour bénéficier du système d'assurance sociale : en d'autres termes, les Bulgares et les Roumains au premier rang desquels, certainement, les Roms.

4° Les mesures d'éloignement du territoire (OQTF et APRF)

43. Au-delà des motifs invoqués pour notifier les mesures d'éloignement - dont la disproportion ou la non-conformité avec le droit communautaire ont été dénoncées ci-dessus - il convient de souligner la multiplicité des irrégularités de procédure les concernant.

¹¹³⁵ D'un point de vue juridique, l'interdiction d'abus de droit est un principe général du droit de l'union européenne, lequel consiste en « la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention », voir CJUE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke*, affaire C-110/99.

¹¹³⁶ Décret n° 2009-1310 du 26 octobre 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers bénéficiaires du dispositif d'aide au retour géré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration

44. Les expulsions collectives d'étrangers sont prohibées par l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 19-1 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Par ailleurs, en vertu de la directive 2004/38/CE, les décisions d'éloignement doivent faire l'objet d'une analyse détaillée et personnalisée (article 28), et les motivations doivent être notifiées précisément (article 30-2). La CNCDH constate que les témoignages de non respect de cette analyse préalable sont multiples. Les décisions d'éloignement sont distribuées de façon collective sur les lieux de vie des personnes. Généralement, le motif est rédigé de façon stéréotypée voire pré-imprimée, de nombreuses préfectures utilisent des formules standards identiques pour chaque individu. Il n'est fait référence à aucun élément permettant de déterminer le contexte dans lequel est intervenu le contrôle du droit au séjour et il n'est jamais fait mention d'aucune explication précise sur les raisons pour lesquelles l'administration a été amenée à douter du droit au séjour du ressortissant communautaire éloigné¹¹³⁷.

5° L'aide au retour humanitaire et le fichier « OSCAR »

45. La circulaire du 7 décembre 2006¹¹³⁸ crée le dispositif d'aide au retour humanitaire (ARH)¹¹³⁹. La circulaire prévoit une procédure à mettre en œuvre pour la délivrance de l'aide : information, préparation d'un projet de réinstallation, accompagnement avant le départ et le cas échéant à l'arrivée dans le pays. Mais toutes les informations recueillies tendent à montrer d'une part que, dans la très grande majorité des cas, le consentement des intéressés à s'engager dans une opération de retour ne résulte pas d'un choix délibéré, mais est obtenu à la suite d'un ensemble de pressions et de contraintes, et d'autre part que les conditions de mise en œuvre de ce dispositif ne permettent pas d'en faire un outil d'accompagnement au retour.

46. Au contraire, le bilan de l'OFII est entièrement explicite sur le fait que les aides au retour humanitaire ont concerné essentiellement « des personnes qui séjournent sur des campements collectifs »¹¹⁴⁰. Bien plus, l'ARH se révèle être un outil pour atteindre les objectifs chiffrés de « reconduites à la frontière ». Les statistiques officielles de l'aide au retour attestent de cette stratégie¹¹⁴¹. Pour réaliser les « objectifs chiffrés » de 26 000 reconduites de « sans-papiers », le ministère de l'Immigration, puis de l'Intérieur, a mis en œuvre un procédé consistant, lors d'évacuation de campements de Roms, à assurer la présence d'agents de l'Office français de l'immigration et de l'intégration qui au moment des distributions d'OQTF par les forces de l'ordre, incitent fortement à signer les

¹¹³⁷ Pour des informations plus précises sur les exemples de non respect de l'analyse détaillée et personnalisée, consulter notamment les rapports du collectif Romeurope 2009/2010 et 2011.

¹¹³⁸ Circulaire interministérielle DPM/ACI3/2006/522 du 7 décembre 2006, relative au dispositif d'aide au retour pour les étrangers en situation irrégulière ou en situation de dénuement.

¹¹³⁹ L'ARH se distingue de l'aide au retour volontaire (ARV) puisqu'elle vise aussi bien les ressortissants communautaires que ceux des pays tiers se trouvant dans une situation de dénuement ou de grande précarité. L'ARV quant à elle n'est destinée qu'aux ressortissants de pays tiers.

¹¹⁴⁰ Rapport de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, à son Conseil d'administration, Les aides au retour et à la création d'activités économiques. Bilan 2008, 22 avril 2009,

¹¹⁴¹ Voir le rapport au Parlement du Secrétariat général du Comité interministériel de contrôle de l'immigration, « *Les orientations de la politique de l'immigration et de l'intégration - Huitième rapport* », Décembre 2011.

Avant le 1er janvier 2007, les ressortissants de Roumanie et de Bulgarie constituaient 25% du nombre total de migrants irréguliers expulsés. Après l'accession de ces pays à l'Union et l'application de la circulaire sur l'ARH, le nombre d'aides au retour humanitaire a brusquement augmenté, passant de moins de 400 en 2005 et 2006 à près de 3 000 en 2007, 10 000 en 2008 (81% accordées aux Roumains et 9% aux Bulgares), plus de 12 000 en 2009 (83% pour les Roumains et 7% pour les Bulgares) et en 2010, 9 761 ARH ont été distribuées dont 8 192 à des citoyens roumains, soit 84 %.

formulaire de demandes d'ARH. On peut par conséquent s'interroger sur le caractère volontaire de l'acceptation dans un tel contexte de pressions des forces de l'ordre et des représentants de l'OFII.

47. Le fichier OSCAR, créé par un décret n° 2009-1310 du 26 octobre 2009¹¹⁴², met en place un traitement automatisé de données à caractère personnel (dont des données biométriques) relatives aux étrangers bénéficiant des dispositifs d'ARV ou d'ARH gérés par OFII. Si le Conseil d'Etat a jugé dans sa décision du 21 octobre 2010 que « la collecte des données biométriques des ressortissants de l'Union européenne ayant bénéficié d'une aide au retour ne porte, par elle-même, aucune atteinte à leur droit de circuler librement au sein de l'Union européenne », la CNCDH rappelle ses avis sur les risques et les dangers que font peser sur les libertés individuelles et le droit des personnes la collecte de données à caractère personnel, qui pourrait en faire des instruments de discrimination. Bien plus, la Commission s'interroge sur la conformité du fichier OSCAR avec le droit communautaire. En effet, dans sa résolution du 7 septembre 2011, le Parlement européen souligne, s'agissant du fichage biométrique des Roms, « que le relevé des empreintes digitales des Roms expulsés est illégal et contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...], aux traités et au droit de l'Union européenne [...], et qu'il constitue une discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale »¹¹⁴³. Certes, le fichier OSCAR, vise l'ensemble des étrangers susceptibles de bénéficier d'une aide au retour. Mais, en pratique, ce sont majoritairement les Roms, qu'ils soient ressortissants bulgares ou roumains, qui sont fichés puisqu'ils représentent 90% des personnes qui se voient attribuer une aide au retour humanitaire.

6° Atteintes au droit d'asile

48. Une minorité de Roms présents sur le territoire français est originaire des pays de l'ex-Yougoslavie, ils ne peuvent donc bénéficier des conditions de droit au séjour applicables aux ressortissants communautaires. Victimes de violences et de discriminations notoires dans leur pays, la plupart des Roms d'ex-Yougoslavie demande le droit d'asile à l'arrivée en France. Or, comme la CNCDH le notait déjà dans son étude de 2008, depuis l'entrée en vigueur, en mars 2005, de la loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers demandeurs d'asile, l'accès au droit d'asile s'est vu très limité pour les ressortissants des pays d'origine dits « sûrs », auxquels est appliquée une procédure rapide. Les Roms originaires de ces pays - Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Macédoine et Kosovo - ne peuvent donc plus bénéficier d'une instruction individuelle approfondie de leur situation, ce qui aboutit presque toujours à des refus d'asile. Pour autant, les Etats dont sont originaires ces personnes ne les reconnaissent pas et refusent de les recevoir - certaines se trouvant même en situation d'apatridie - elles sont donc majoritairement « ni régularisables, ni expulsables ». Pour mettre fin à ces situations de non-droit, la CNCDH rappelle ses recommandations de 2008 et demande à ce qu'il soit procédé à un examen individuel et approfondi de la situation des personnes demandant l'asile, tenant compte de la situation des populations Roms dans les pays dont elles sont originaires.

¹¹⁴² Décret n° 2009-1310 du 26 octobre 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers bénéficiaires du dispositif d'aide au retour géré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration

¹¹⁴³ Résolution du Parlement européen du 9 septembre 2010 sur la situation des Roms et la libre circulation des personnes dans l'Union européenne

B. DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS

49. Les Roms migrants sont soumis, en matière de droit au séjour, à un régime particulier, qui les contraint à vivre dans une instabilité et une précarité permanentes, qui ont des conséquences préjudiciables à l'exercice quotidien de leurs droits.

1° Difficultés d'accès à l'emploi

50. Les Roms migrants vivant en France sont, du fait de leur nationalité, roumaine ou bulgare dans une très large majorité - et comme il l'a été démontré ci-dessus - soumis à un régime transitoire en matière d'accès au marché du travail. Ils sont de fait soumis à une double contrainte, rendant en pratique extrêmement difficile voire impossible l'accès à l'emploi. Cette inégalité face à l'entrée sur le marché du travail entre les ressortissants des pays nouvellement admis dans l'Union et ceux de l'Europe des 25 autres Etats membres rend les populations Roms encore plus vulnérables. Exclues dans leur très grande majorité du marché du travail, les familles Roms tirent principalement leurs ressources d'emplois non déclarés ou de la mendicité, ce qui ne fait que renforcer la grande précarité dans laquelle elles vivent.

51. Un rapport de la Commission européenne de novembre 2011¹¹⁴⁴ tend à démontrer que la liberté de circulation des travailleurs roumains et bulgares a eu un impact positif sur la croissance et qu'elle est neutre sur la situation du chômage des pays qui leur ont ouvert leur marché de l'emploi. Bien plus, les quelques parcours de familles en France qui sont parvenues à accéder à l'emploi montrent combien leur intégration a été facilitée : accès à un habitat digne, aux droits sociaux, scolarisation des enfants et apprentissage accéléré du français. Aucun argument ne semble donc pouvoir s'opposer à la levée immédiate des mesures transitoires, comme le recommandait la HALDE en 2009 et comme le recommande aujourd'hui la CNCDH.

52. La CNCDH regrette que la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* » n'ait pas été l'occasion pour les pouvoirs publics d'annoncer la levée de ces mesures transitoires. En matière d'emploi, le texte se contente de lister un certain nombre de dispositifs d'accompagnement vers l'emploi, dispositifs dont les Roms migrants sont exclus, souvent à cause de leur statut. La CNCDH recommande que les mesures nécessaires soient prises pour que les Roms, et en particulier les jeunes, puissent bénéficier de ces dispositifs d'aide à l'emploi, sans que leur soit opposée leur situation administrative.

2° Droit à un logement digne

53. Placées en situation de grande précarité, les populations Roms sont contraintes à vivre dans des bidonvilles ou des squats insalubres, sans accès à l'eau ou à l'électricité. Ces installations, qualifiées de campements illicites par les pouvoirs publics, constituent des occupations par défaut, conséquence du manque d'hébergements et de logements accessibles aux personnes à très faible revenu et aux blocages administratifs à l'entrée dans les hébergements sociaux.

¹¹⁴⁴ Rapport de la Commission au Conseil sur le fonctionnement des dispositions transitoires sur la libre circulation des travailleurs en provenance de Bulgarie et de Roumanie, 11 novembre 2011

54. Aux conditions de vie précaires et insalubres viennent s'ajouter les expulsions répétées des lieux de vie, qui s'effectuent le plus souvent dans la violence, sans négociation préalable ni avertissement. Différents rapports d'associations font état de pratiques considérées comme abusives, comme celles consistant à détruire les caravanes ou habitats précaires sans que leurs occupants n'aient eu le temps de récupérer leurs effets personnels, aggravant encore leur situation de précarité.
55. Par ailleurs, les associations dénoncent le non respect des procédures légales d'évacuation de terrains : les décisions de justice, lorsqu'elles interviennent ne sont pas notifiées de manière effective ou claire aux familles, qui ne peuvent faire valoir leur droit de recours et qui ne sont pas informées des délais dont elles bénéficient avant l'évacuation de force. Les associations constatent également le recours de plus en plus fréquent aux procédures d'évacuation administrative en vertu du trouble à l'ordre public. Ces procédures, outre le fait qu'elles posent le problème de la définition du trouble à l'ordre public (à ce sujet se reporter aux paragraphes 37 et 38 ci-dessus), ne permettent que très difficilement l'exercice d'une voie de recours. Enfin, les expulsions se font la plupart du temps sans proposition de relogement, ou alors les propositions se limitent à 3 à 5 nuits dans des hôtels parfois dispersés et éloignés, impliquant une séparation des familles. Ces dernières savent qu'il leur sera alors plus difficile encore de se retrouver à la rue et sans repère et préfèrent dans ces conditions chercher par elles-mêmes un nouveau lieu pour s'établir.
56. En matière de logement, la CNCDH regrette que la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* » ne prenne en compte que les mesures sociales qui s'adressent aux couches défavorisées de la population, sans aborder les spécificités des Roms migrants. Seules sont mentionnées les expériences de « villages d'insertion », créées à l'initiative de collectivités territoriales en lien avec certaines associations. Le gouvernement soutient que ces expériences font l'objet d'un fort investissement de la part de l'Etat, alors que les associations qui sont chargées de leur gestion font part de leur difficulté à trouver des financements et qu'elles se heurtent à des blocages administratifs dans leur démarche d'accompagnement vers l'emploi ou la scolarisation. Par ailleurs, la CNCDH s'interroge sur la pertinence de citer en exemple ces expériences de villages d'insertion qui, si elles peuvent constituer une réponse d'urgence aux conditions de vie catastrophiques dans les squats et les bidonvilles, ne sauraient s'apparenter à une politique ambitieuse d'intégration des Roms, ni en matière de logement¹¹⁴⁵, ni en matière d'accès effectif à l'ensemble des droits de l'homme dans des conditions d'égale dignité.
57. S'il est délicat de rejeter en bloc les expériences des villages d'insertion, en ce qu'elles permettent d'accompagner des familles dans leur parcours d'intégration, la CNCDH entend néanmoins mettre en garde contre le glissement possible d'une réponse humanitaire vers le développement de projets qui tendent à promouvoir un habitat qui serait « adapté » aux besoins spécifiques d'une population déterminée ethniquement, ou socialement.

3° Difficultés d'accès aux prestations sociales

58. La question de l'accès à la protection sociale se pose différemment suivant que les Roms en France ont un titre de séjour (ce qui est très rare) ou sont Européens sans emploi et sans titre de séjour (ce qui constitue la majorité des cas). En effet, les diverses prestations

¹¹⁴⁵ Objectif affiché par le gouvernement dans sa stratégie pour l'inclusion des Roms, en introduction.

sociales délivrées par les Caisses d'allocations familiales (CAF) et l'affiliation au régime général d'assurance maladie par l'intermédiaire de la Couverture maladie universelle (CMU) sont soumises à la condition que les personnes soient en séjour régulier. C'est aux organismes de protection sociale eux-mêmes d'évaluer le droit au séjour des demandeurs citoyens de l'Union au regard de critères nombreux, sans pouvoir exiger d'eux la présentation d'un titre de séjour ou les orienter vers la préfecture pour qu'elle détermine leur situation administrative, ce qui constituerait un traitement différentiel par rapport aux autres communautaires.

59. Jusqu'à ces dernières années, le droit et la jurisprudence communautaires permettaient aux citoyens européens, y compris inactifs, de bénéficier de droits sociaux similaires aux nationaux. La régularité du séjour des citoyens de l'Union était alors a priori acquise pour les CAF et les Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) qui s'appuyaient sur des instructions officielles préconisant l'assimilation de tous les ressortissants communautaires aux Français pour l'attribution de prestations à tous sans vérification de leur droit au séjour. Mais l'entrée dans l'Union européenne des pays d'Europe centrale et orientale à partir de 2004 a modifié les règles en matière d'accès à la protection sociale, en lien avec la crainte que l'accès aux prestations sociales ne crée un « appel d'air » pour certaines populations précaires, au premier rang desquelles les Roms.
60. La directive 2004/38/CE sur la libre circulation et le droit au séjour fixe le cadre général pour apprécier les conditions d'accès des communautaires aux prestations sociales. Elle pose que, de façon générale, Français et étrangers communautaires bénéficient d'une égalité de traitement en matière de protection sociale (article 24) si les intéressés bénéficient d'un droit au séjour. Mais cette directive fixe aussi des limites au droit au séjour, qui constituent le principal obstacle écartant la très grande majorité des Roms migrants du champ de la protection sociale, car ce droit au séjour est soumis au fait de bénéficier d'une couverture sociale et de ressources suffisantes, des conditions difficiles à atteindre du fait de l'accès limité au marché du travail pour les ressortissants des pays soumis à la période transitoire.
61. Par ailleurs, l'interprétation de ce cadre juridique, déjà restrictif, par les organismes de sécurité sociale est souvent erronée. L'appréciation du droit au séjour, qui est confiée à ces derniers, fait rarement l'objet d'un examen sérieux. En pratique aujourd'hui, un citoyen européen, primo-arrivant en France, disposant de faibles ressources, qui ne travaille pas et n'est pas rattaché à un membre de famille ayant droit au séjour - ce qui constitue la situation majoritaire des occupants de squats et bidonvilles - n'a aucune chance de se voir accorder des prestations soumises à la condition de séjour régulier. Pourtant, les prestations sociales devraient être accordées à tous les ressortissants européens en situation de pauvreté, sans distinction, si besoin en établissant des accords compensatoires entre les Etats membres de l'Union.

4° Atteintes au droit à la protection de la santé

62. Le droit à la protection de la santé dépend évidemment des autres droits précités, droit au séjour, droits au travail, à un habitat digne, à une protection sociale. De fait, une majorité de Roms migrants en France n'a pas de couverture maladie, pour des raisons qu'ils partagent avec l'ensemble des migrants sans titre de séjour, mais aussi du fait d'obstacles

administratifs spécifiques, paradoxalement liés à leur statut de citoyens de l'Union européenne qui complique leur accès à l'Aide médicale d'Etat (AME).

63. Faute de pouvoir bénéficier d'une couverture santé et étant données les conditions de vie délétères des Roms en situation de grande pauvreté, ceux-ci se trouvent dans des états de santé extrêmement dégradés alors que sont constatées des difficultés d'accès aux soins. Ainsi, ces conditions de vie sont des facteurs aggravants de pathologies, voire des facteurs déclencheurs de maladies infectieuses liées aux mauvaises conditions d'hygiène. De plus, l'instabilité et les expulsions incessantes des lieux de vie provoquent des ruptures de soins et du suivi médical¹¹⁴⁶. Pour faire face à ces situations de grande précarité, les mesures de protection de la santé devraient comprendre une adaptation des structures de santé publique aux besoins et conditions spécifiques de ce public (qu'il s'agisse des populations Roms ou des personnes vivant en France en grande pauvreté). En particulier, il conviendrait de généraliser le recrutement de médiateurs sanitaires et a minima d'interprètes professionnels lors de toute consultation. Une fois encore, la CNCDH note que la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* » ne prévoit aucune mesure spécifique en matière d'accès aux soins pour ces populations. Seul est mentionné le soutien à des associations locales de médiation sanitaire, sans qu'il ne soit prévu de pérenniser ou de généraliser les actions. Une attention particulière devrait pourtant être accordée à l'accès à la prévention, vaccination des enfants, dépistage des maladies infectieuses et chroniques, dont les rapports annuels de Médecins du Monde montrent l'insuffisance, alors même que cela relève directement d'une stratégie de santé publique¹¹⁴⁷.

5° Atteinte au droit à la scolarisation

64. La scolarisation des enfants mineurs est souhaitée par la très grande majorité des familles Roms, contrairement aux idées reçues. Mais de nombreux obstacles viennent perturber la scolarisation de ces enfants.

65. La loi de 1998 prévoit que les inscriptions en primaire se font au niveau de la commune ; dans la très grande majorité des cas les communes exigent la production d'un certificat de domiciliation ou d'hébergement. Or, peu de centres communaux ou intercommunaux d'action sociale (CCAS), pourtant désormais compétents, acceptent de délivrer un tel titre de domiciliation empêchant ainsi ensuite de scolariser ces enfants Roms, donc d'appliquer la loi¹¹⁴⁸. Les associations constatent que la répartition géographique des structures d'accueil adaptées aux enfants étrangers non francophones (CLA et CLIN notamment) n'est pas en adéquation avec les lieux de domiciliation des populations qui devraient en bénéficier, ce qui ne permet pas toujours à l'Education nationale d'assurer cette mission dans de bonnes conditions.

66. Par ailleurs, l'expulsion régulière des familles de leurs lieux de vie empêche la poursuite de la scolarité des enfants qui ont pu être accueillis. De même, la situation de précarité

¹¹⁴⁶ A ce sujet, voir notamment :

- Observatoire régional de santé d'Ile-de-France, *Situation sanitaire et sociale des « Roms migrants en Ile-de-France »*, janvier 2012

- Les rapports annuels de l'Observatoire de l'accès aux soins de la mission France de Médecins du Monde

¹¹⁴⁷ Voir le dernier rapport, *Observatoire de l'accès aux soins de la mission France, rapport 2010*, octobre 2011

¹¹⁴⁸ Il faut noter par ailleurs, que les refus de domiciliation des CCAS ne sont pas consignés par écrit, il est donc très difficile de constituer un dossier en vue d'un recours devant les tribunaux.

des familles rend difficile l'accès à l'éducation dans de bonnes conditions pour les enfants Roms. En effet, les campements sont souvent éloignés des établissements scolaires et leurs conditions de vie peu compatibles avec la réalisation des devoirs. Enfin, les parents Roms vivent dans l'angoisse d'une expulsion, voire d'une arrestation sur le chemin de l'école, qui pourrait entraîner la séparation de leurs enfants.

67. Non seulement la présence en France d'enfants non scolarisés est problématique au regard des textes nationaux et internationaux dont la France est signataire¹¹⁴⁹, mais la non scolarisation favorise également l'émergence d'une génération de jeunes analphabètes qui n'auront de fait pas les outils pour être autonomes au sein de la société française. Elle remet aussi en cause les perspectives d'insertion sociale par l'accès au travail. Il y a, sur le long terme, tous les éléments pour que se perpétuent la discrimination et le maintien des stéréotypes à l'encontre des populations Roms.
68. La « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* » consacre une large place à la question de l'accès à l'éducation. Toutefois, elle se contente de rappeler les mesures existantes en matière d'accompagnement à la scolarité ou de soutien financier. Le document ne propose aucune analyse de la situation spécifique des enfants Roms, les dispositifs ne sont pas évalués, les déficits ne sont pas identifiés et aucune véritable mesure innovante n'est proposée.

Conclusion générale

69. Les législations applicables tant aux populations du voyage qu'aux Roms migrants, mais aussi l'insuffisante mise en œuvre de mesures spécifiques prenant en compte le mode de vie itinérant des « gens du voyage », tendent à renforcer la stigmatisation et les discriminations dont souffrent ces personnes. Cette discrimination en raison de l'origine, de l'habitat ou du mode de vie, limite l'accès aux droits de ces personnes, qui sont marginalisées et considérées comme des citoyens de seconde zone, ce qui peut parfois les pousser vers l'illégalité.
70. Ces discriminations, les confusions et les amalgames entretenus à l'égard des ces populations - qui sont souvent perçues dans l'imaginaire collectif comme délinquantes - doivent être combattus par des mesures concrètes d'accès aux droits et par une volonté politique réelle et affirmée de lutter contre les stéréotypes et les discriminations. A cet égard, les recommandations convergentes des instances internationales (Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ECRI, CERD¹¹⁵⁰) offre des cadres d'actions qui

¹¹⁴⁹ Convention internationale des droits de l'enfant, article 28
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés Fondamentales, Protocole n°1, article 2

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946

Code de l'éducation, articles L131-1et L131-1-1

¹¹⁵⁰ Par exemple :

- Rapport du Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, *Human rights of Roma and Travellers in Europe*, Février 2012

- ECRI, Recommandation de politique générale n° 13 sur la lutte contre l'anti-tsiganisme et les discriminations envers les Roms, adoptée le 24 juin 2011

- CERD, Observations finales du comité pour l'élimination de la discrimination raciale, France, 27 août 2010, CERD/C/FRA/CO/17-19

- Agence européenne des droits fondamentaux (FRA), *Rapport annuel 2010*, février 2011

mériteraient d'être déclinés dans la « *Stratégie du gouvernement français pour l'inclusion des Roms* ».

71. La CNCDH tient à souligner que cette stratégie du gouvernement français ne peut être jugée satisfaisante en l'état :

- elle entretient la confusion entre des populations diverses qui font face à des difficultés différentes, même si elles sont victimes des mêmes phénomènes de rejet et de discrimination.
- Le texte ne présente pas de réelle stratégie : il ne dégage pas de priorités, ne hiérarchise pas les objectifs, n'établit aucun critère de performance, et reste muet sur les crédits nécessaires pour atteindre les objectifs, et sur les moyens qui seront mobilisés. Aucun calendrier n'est proposé et aucune autorité ou administration n'est désignée pour piloter et évaluer la stratégie¹¹⁵¹.

72. La CNCDH tient enfin à rappeler que la lutte contre les discriminations particulières dont sont victimes ces populations doit mobiliser la Nation toute entière, mais que toutes les mesures qui seront prises ne seront efficaces qu'à condition qu'elles soient l'objet d'un véritable partenariat avec les populations concernées, qui passe par la formation des agents de la fonction publique et des professionnels à la connaissance de ce qu'elles vivent et de ce à quoi elles aspirent¹¹⁵².

LISTE DES PRINCIPALES RECOMMANDATIONS

Recommandation n° 1. En matière de liberté de circulation et de droit au séjour, la CNCDH demande le plein respect du droit communautaire et notamment une interprétation rigoureuse des notions de trouble à l'ordre public et de charge déraisonnable, dans l'esprit de ce que prévoit la directive 2004/38/CE.

Recommandation n° 2. Elle invite les autorités administratives à respecter l'article 4 du Protocole n°4 de la CEDH qui interdit les expulsions collectives d'étrangers. La Commission rappelle que les décisions d'éloignement du territoire doivent faire l'objet d'un examen individuel et approfondi de la situation des intéressés, dans le cadre d'une procédure contradictoire.

Recommandation n° 3. La Commission invite le gouvernement à lever les mesures transitoires s'appliquant aux ressortissants roumains et bulgares avant le 31 décembre 2013. Ces mesures présentent en effet un caractère discriminatoire à l'encontre de certains ressortissants de l'Union européenne, elles constituent un frein dans l'accès à l'emploi et donc dans l'accès à des conditions de vie dignes et à l'intégration des populations Roms en France.

¹¹⁵¹ A cet égard, une comparaison de la stratégie du gouvernement français avec d'autres stratégies des Etats membres (Allemagne, Autriche, Espagne...) s'avère éclairante sur les lacunes de la stratégie française. http://ec.europa.eu/justice/discrimination/roma/national-strategies/index_fr.htm

¹¹⁵² Voir sur ce sujet les dispositions de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions

Recommandation n° 4. Par ailleurs, elle recommande que soit réformé le dispositif d'aide au retour humanitaire, qui ne doit pas être un outil d'éloignement du territoire, mais un réel accompagnement des projets de retour, lorsque ce dernier est souhaité par les familles.

Recommandation n° 5. Enfin, elle rappelle sa recommandation concernant l'examen individuel et approfondi des demandes d'asile déposées par personnes appartenant à des minorités Roms - reconnues comme telles dans leur pays et discriminées du fait de cette appartenance - en s'affranchissant des règles applicables aux pays d'origine dits « sûrs ».

Recommandation n° 6. Concernant l'accès à l'emploi, la CNCDH réitère sa demande de levée des mesures transitoires. En cas de maintien des mesures transitoires, la CNCDH recommande, afin de favoriser l'intégration des populations Roms présentes sur le territoire :

Recommandation n° 7. un traitement accéléré des demandes d'autorisation de travail, déposées directement à la Direction régionale de l'économie, de la concurrence et de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) ;

Recommandation n° 8. la délivrance en 48h d'une autorisation temporaire de travail, permettant une embauche rapide, suivie d'une autorisation définitive après examen plus approfondi du dossier ;

Recommandation n° 9. l'assouplissement des critères de durée de contrat et de niveau de rémunération ;

Recommandation n° 10. la possibilité d'inscription à Pôle emploi en qualité de demandeurs d'emploi afin d'accéder aux services d'accompagnement et aux offres disponibles ;

Recommandation n° 11. l'accès aux stages de formation professionnelle, ainsi que l'accès aux contrats aidés et en alternance

En matière de droit au logement, la CNCDH demande le respect strict des procédures d'expulsion et d'évacuation de terrains, notamment en ce qui concerne la notification des décisions, les possibilités de recours et les délais d'application.

Recommandation n° 12. Elle recommande l'arrêt des expulsions des lieux de vie en l'absence de solutions alternatives et de propositions de relogement digne et pérenne.

Recommandation n° 13. La Commission rappelle que l'accueil sur des terrains aménagés spécifiques, ne peut se concevoir que comme réponse d'urgence aux conditions de vie indignes dans les squats ou bidonvilles. Elle doit être indissociable d'une volonté politique claire de réintégrer les personnes dans un parcours résidentiel classique et individualisé.

Recommandation n° 14. Concernant l'accès aux prestations sociales et l'accès aux soins, la CNCDH recommande l'ouverture des droits aux prestations sociales et médicales pour tous les citoyens de l'Union européenne résidant en France. Elle recommande également une adaptation des structures de santé publique aux besoins et conditions spécifiques des populations vivant en grande précarité.

Recommandation n° 15. Enfin, la CNCDH demande à ce que des mesures soient prises afin de s'assurer que tous les enfants puissent être scolarisés. Elle recommande le développement d'une politique d'accueil et d'accompagnement des enfants Roms et de leur famille au sein de l'institution scolaire, prenant en compte tous les aspects de vie scolaire. Cette politique pourrait faire l'objet d'un travail conjoint du ministère de l'Education nationale (pour le volet scolarité) et des collectivités territoriales (qui ont notamment à traiter le volet extrascolaire : cantine, assurances scolaires, sorties, ramassage scolaire, garderie après la classe...).