

Paris, le 31 août 2018

Monsieur Laurent Fabius
Président du Conseil constitutionnel
2 Rue de Montpensier
75001 Paris

Objet: Amicus Curiae dans le cadre de la saisine du 6 août 2018 sur la loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, 2018-770-DC

Monsieur le Président,

Par la présente, le Groupe d'Information et de Soutien des Immigré.e.s (GISTI) et la Ligue des droits de l'Homme, ont l'honneur de vous soumettre des observations écrites dans le cadre de la saisine du 6 août 2018 sur la loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, 2018-770-DC.

Ces observations auront principalement trait à l'article 51 de la loi telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale le 1^{er} août 2018, qui dispose :

« Afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Le traitement de données ne comporte pas de dispositif de reconnaissance faciale à partir de la photographie.

Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure.

La conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle.

Un décret en Conseil d'État, pris après avis publié et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise la durée de conservation des données enregistrées et les conditions de leur mise à jour, les catégories de personnes pouvant y accéder ou en être destinataires ainsi que les modalités d'exercice des droits des personnes concernées. »

En ce qu'elles instaurent une collecte potentiellement systématique des empreintes digitales et photographies de mineurs étrangers au seul motif que ceux-ci ont sollicité une protection, ces dispositions portent atteinte au principe d'égalité (I) et au droit à la protection de la vie privée (II)

I. Sur la violation du principe d'égalité

Le premier alinéa de l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. (...) »

L'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 énonce quant à lui que :

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

L'article 6 de la même Déclaration dispose que :

« La Loi (...) doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. »

Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame quant à lui à son alinéa premier que :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. »

De jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel retient que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». (Déc. n° 1996-375 DC, Rec., p. 60.)

La loi ne peut prévoir de traitement différencié entre plusieurs catégories d'individus résidant sur le territoire français que lorsqu'il est établi qu'ils se trouvent dans des situations différentes ou afin de protéger l'intérêt général.

Si la différence de traitement est justifiée par des situations différentes ou pour des raisons d'utilité publique, le Conseil Constitutionnel opère un contrôle de la différence de traitement instaurée au regard de l'objectif poursuivi par la loi.

Ce contrôle est strict s'agissant des distinctions opérées sur le fondement d'une discrimination expressément interdite par la Constitution ; c'est le cas des différences fondées sur l'origine ou la nationalité.

- Sur le contrôle des distinctions opérées sur le fondement de la nationalité voir notamment :
 - Décision n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010 : « *le législateur ne pouvait établir, au regard de l'objet de la loi et pour cette attribution, une différence de traitement selon la nationalité ou le domicile* »
 - Également en ce sens : QPC n°2010-1 du 28 mai 2010, consorts Labane

S'agissant des ressortissants étrangers, le Conseil constitutionnel vérifie que les différences de traitements instaurées par le législateur ayant pour objectif le maintien de l'ordre public et la lutte contre l'immigration irrégulière ne portent pas d'atteinte disproportionnée aux « *libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ». (Décision DC du 13 août 1993 n°93-325)

La protection de l'enfance et la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant figurent parmi ces droits et libertés constitutionnellement garantis.

La protection des mineurs en danger est constitutionnellement garantie par les articles 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui disposent que :

« 10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.

11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

Le Conseil constitutionnel déduit de ces dispositions une exigence constitutionnelle de conformité de la loi au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. (En ce sens : Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013)

La protection de l'enfance telle que prévue en droit français et par les instruments internationaux – notamment l'article 2 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* – prévoit que cette protection s'applique à tous les enfants sans considération de race, de nationalité, de sexe, de couleur, de langue ou de religion.

L'intérêt supérieur de l'enfant commande que cette protection s'applique de façon inconditionnelle à tout mineur sans autre distinction.

L'inconditionnalité de l'accès à cette protection découle de ce que les mineurs, en raison de leur état de vulnérabilité lié à leur jeune âge, appartiennent à une catégorie de la population particulièrement protégée.

Par conséquent, toute différence de traitement dans l'accès à la protection de l'enfance entre mineurs français et mineurs étrangers méconnaîtrait les principes à valeur constitutionnelle d'égalité

et de respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'article 51 de la loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif déferée à la censure du Conseil constitutionnel par la saisine de 60 députés et sénateurs en date du 6 août 2018 instaure la collecte, la mémorisation ainsi que le traitement automatisé des données – empreintes digitales et photographies – des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille dès lors qu'ils sont étrangers.

L'alinéa 2 de l'article 51 prévoit que « *les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure* ».

Il s'agit donc d'inscrire dans un fichier la photographie et les empreintes digitales de chaque mineur recueilli en urgence par un conseil départemental (autorité compétente pour l'évaluation) dès lors que « *la personne se déclare mineure* » et qu'elle est étrangère.

Ce fichier ne concerne pas seulement les mineurs isolés étrangers qui auraient été déclarés majeurs à l'issue de la phase d'évaluation prévue à l'article L.221-2-2 du code de l'action sociale et des familles, mais bien tous les mineurs sollicitant une protection à ce titre du moment qu'ils sont étrangers.

Les mineurs français faisant l'objet d'une mesure de prise en charge ou de placement au titre de l'aide sociale à l'enfance sont eux épargnés par ces dispositions et exclus de la composition dudit fichier.

Dans sa décision du 13 août 1993 DC n°93-325, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en matière d'entrée et de séjour, les ressortissants étrangers se trouvaient dans une situation différente de celle des nationaux et pouvaient faire l'objet d'un traitement différencié dans le respect des autres principes protégés par la Constitution.

Cette différence de situation repose sur l'obligation faite aux ressortissants étrangers de justifier d'un document les autorisant à résider sur le territoire français, et cela, à compter de leur majorité. (article L.311-1 alinéa 1 du Ceseda)

Les mineurs, quant à eux, ne sont pas soumis à l'obligation de détenir un titre de séjour et sont considérés comme étant en situation régulière sur le territoire français. (Conseil d'État, réf. n°407355, 15 février 2017)

Contrairement aux majeurs, les mineurs étrangers et les mineurs français se trouvent donc dans la même situation quant à leur droit au séjour en France.

Pour l'application du principe d'égalité en matière de protection de l'enfance, mineurs français et étrangers se trouvent dans des situations similaires qui ne peuvent justifier de l'application d'un traitement différencié.

Le principe constitutionnellement garanti de protection de l'enfance couplé à l'intérêt supérieur de l'enfant qui découle de l'article 10 du préambule de la Constitution de 1946 prévoit un accès inconditionnel à l'aide sociale à l'enfance à tous les mineurs sans considération de race, de nationalité, de sexe, de couleur, de langue ou de religion.

La création d'un fichier recensant les mineurs étrangers ayant sollicité une protection au titre de l'aide sociale à l'enfance a pour effet de remettre en cause le caractère inconditionnel de l'accès à

cette protection pour cette partie de la population.

En effet, l'objectif même de la création de ce fichier tel qu'il ressort des débats parlementaires est de limiter la possibilité de solliciter une mesure de protection auprès d'un seul et unique département pour les mineurs isolés étrangers alors que rien ne leur interdit de solliciter cette protection dans plusieurs départements et que cette limitation ne s'applique pas aux mineurs français.

En instaurant une différence de traitement fondée sur la nationalité et l'origine pour une catégorie de mineurs, l'article 50 de la loi défermée méconnaît les dispositions de l'article 1 de la Constitution de 1958, l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et les articles 10 et 11 du préambule à la Constitution du 27 octobre 1946.

En outre, ces mesures de fichages instaurées par la loi défermée ne répondent pas à la finalité recherchée par l'adoption de ces nouvelles dispositions.

Le Conseil constitutionnel, qui retient que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (Déc. n° 1996-375 DC, Rec., p. 60.) opère un contrôle de la différence de traitement instaurée au regard de la finalité prévue par la loi.

- Pour une application en matière de fichage : Décision n° 2009-599 DC, J.O. du 31 décembre 2009, p. 22295

Il ressort de l'alinéa premier de l'article 51 de la loi défermée que les dispositions contestées ont été adoptées afin de répondre à deux objectifs : « *mieux garantir la protection de l'enfance* » et « *lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France* ».

A la lecture des débats parlementaires, cet article vise plus précisément à « *éviter que des personnes demandent à être reconnues comme mineures dans plusieurs conseils généraux successifs* ».

Madame Elise FAJGELES précisait lors l'examen du projet de loi par la commission des lois le 18 juillet 2018 que « *si une personne n'est pas reconnue mineure, elle passe dans le droit commun des étrangers, et relève de l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France (AGDREF)* ».

Ces dispositions visent donc à limiter l'évaluation de la minorité et de l'isolement des mineurs isolés étrangers au premier département dans lequel ils sollicitent une protection en les considérant comme des étrangers en situation irrégulière dans le cas où les conclusions de cette évaluation auraient remis en cause leur minorité.

Pourtant, eu égard au caractère aléatoire de ces évaluations de minorité, il arrive qu'une personne soit déclarée mineure dans un département et majeure dans un autre.

Il convient de rappeler que, dans son rapport du 15 février 2018, la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés recensait que les taux de reconnaissance de minorité à l'issue de l'évaluation de l'âge variaient de 9 % à 100 % selon les départements.

Dans un communiqué conjoint en date du 19 juillet 2018, Unicef France, la Cimade, le Syndicat des avocats de France, Médecins sans Frontières, Le Secours Catholique – Caritas, Médecins du Monde et le Gisti soulignaient que « *dans certains départements 50% des décisions administratives sont remises en cause a posteriori par le juge des enfants* ».

Par ailleurs, rien dans la loi n'interdit à un mineur de se présenter dans un nouveau département si un premier département a refusé de le prendre en charge.

Au contraire, le principe de « *présomption de minorité* » dégagé par la jurisprudence à partir des dispositions de l'article 388 du code civil prévoyant notamment que le « *doute profite à l'intéressé* » implique que les personnes se déclarant mineures doivent être considérées comme telles jusqu'à ce qu'une décision de justice statue définitivement sur leur âge.

Les résultats d'une évaluation menée par un département ne sont pas à elles seules susceptibles de remettre en cause cette présomption en l'absence de décision de justice.

Dans ces conditions, la présentation de la personne se déclarant mineure dans un nouveau département pour obtenir une protection est un droit dont découle l'obligation pour ce second département de faire bénéficier le jeune, toujours présumé mineur, d'un accueil provisoire d'urgence.

Par conséquent, la connaissance par ce second département du fait qu'une précédente évaluation aurait conclu à la majorité de la personne se déclarant mineure n'emporterait aucune incidence sur l'obligation de protection qui lui incombe.

Par ailleurs, le fichier AGDREF, cité dans les débats parlementaires, dont l'une des finalités est d'identifier les étrangers et de vérifier la régularité de leur séjour en France poursuit déjà le même objectif de « *lutte contre l'immigration irrégulière* » et rend surabondante la création du fichier prévue par la loi défermée.

En effet, dès lors qu'une personne étrangère se déclarant mineure est reconnue majeure par décision de justice devenue définitive, elle bascule dans la catégorie des étrangers en situation irrégulière et le droit positif donne déjà la possibilité aux autorités administratives, parmi lesquelles les agents préfectoraux et les services de police et de gendarmerie, de collecter leurs empreintes aux fins d'inscription dans le fichier AGDREF.

Il découle de ce qui précède que la création d'un fichier recensant les personnes étrangères se déclarant mineures ne répond en aucune manière aux objectifs de lutte contre l'immigration irrégulière et de renforcement de la protection de l'enfance.

L'inscription dans un fichier de l'ensemble des « *ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* » revient à créer au contraire une présomption de fraude à l'encontre des seuls mineurs étrangers.

Par conséquent, au regard de tout ce qui précède, le Conseil constitutionnel ne pourra que constater que les mesures prévues ne pourront remplir les objectifs assignés par la loi.

Enfin, l'appartenance des mineurs à une catégorie d'individus particulièrement protégés au regard de leur situation de vulnérabilité et le fait que la différence de traitement repose sur des discriminations expressément interdites par la constitution - *la nationalité et l'origine* – guideront

nécessairement le Conseil à déclarer les dispositions de l'article 51 de la loi déferée comme étant contraires aux principes constitutionnels d'égalité, de respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de protection de l'enfance.

Au-delà de la discrimination instaurée entre mineurs français et étrangers privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, cette loi comporte une atteinte à la vie privée et à la liberté individuelle de ces mineurs.

II. Sur la violation du droit à la vie privée

L'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 énonce que :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

Le Conseil constitutionnel a énoncé de longue date que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle prévue par l'article 2, la mise en œuvre de tout traitement de données devant dès lors être assortie de **garanties protectrices de son exercice** (94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 3 et 5, Journal officiel du 21 janvier 1995, page 1154, Rec. p. 170).

Dans ce cadre, il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés constitutionnellement protégés (2004-492 DC, 2 mars 2004, cons. 75 et 76, Journal officiel du 10 mars 2004 page 4637, texte n° 4, Rec. p. 66).

Ainsi, toute opération de collecte, d'enregistrement, de conservation, de consultation et de communication de données à caractère personnel doit être justifiée par un motif d'intérêt général et mise en œuvre de manière **adéquate et proportionnée à cet objectif**. (2012-652 DC, 22 mars 2012, cons. 7 et 8, Journal officiel du 28 mars 2012, page 5607, texte n° 6, Rec. p. 158).

Il convient en outre de noter que ces garanties s'appliquent **pareillement aux étrangers et aux nationaux**, le Conseil constitutionnel ayant énoncé que les méconnaissances graves du droit au respect de leur vie privée sont, pour les étrangers comme pour les nationaux, de nature à porter atteinte à leur liberté individuelle. (97-389 DC, 22 avril 1997, cons. 44, Journal officiel du 25 avril 1997, page 6271, Rec. p. 45)

En application de cette grille de lecture, le Conseil constitutionnel offre en général un brevet de constitutionnalité aux traitements de données à la seule condition qu'un **motif limité** soit assigné aux collectes de données et consultations du traitement par des autorités administratives, et que ces consultations et collectes soient accompagnées de restrictions et prescriptions permettant de limiter toute atteinte à la vie privée **au strict nécessaire** (Conseil constitutionnel, décision 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. 87 et 8).

A l'inverse, le Conseil Constitutionnel invalide généralement les traitements de données personnelles lorsque l'ampleur de la collecte et des usages ultérieurs des données dépassent ce qui est strictement nécessaire au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

Ainsi, à titre d'exemple, ont été jugés contraires au droit constitutionnel à la vie privée :

- L'inscription de déclaration d'irresponsabilité pénale au casier judiciaire n°1, en qu'une telle information n'est pas susceptible d'être légalement nécessaire à l'appréciation de la responsabilité pénale de la personne éventuellement poursuivie à l'occasion de procédures ultérieures (2008-562 DC, 21 février 2008, cons. 28 à 31, Journal officiel du 26 février 2008, page 3272, texte n° 2, Rec. p. 89).
- L'inscription de données biométriques dans le fichier de délivrance des titres d'identité et passeports, au motif que les caractéristiques techniques du fichier définies par les dispositions contestées permettaient son interrogation à **d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne**. Les dispositions de la loi relative à la protection de l'identité autorisaient non seulement la consultation ou l'interrogation de ce fichier aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage, et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire (2012-652 DC, 22 mars 2012, cons. 8 à 11, Journal officiel du 28 mars 2012, page 5607, texte n° 6, Rec. p. 158).
- La mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur d'un trust, dans la mesure où le législateur n'avait pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, ni limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre placé sous la responsabilité de l'administration fiscale (2016-591 QPC, 21 octobre 2016, cons. 4 à 6, JORF n°0248 du 23 octobre 2016 texte n° 38).

Soulignons en outre que la grille d'analyse du Conseil constitutionnel est en tous points similaire à celle des juridictions européennes, et notamment de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Cette dernière a en effet énoncé que l'usage de données de fichiers de police doit s'accompagner d'un minimum d'exigences concernant « la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci, de manière à ce que les justiciables disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire » : La Cour a en outre insisté sur le fait que les garanties entourant le traitement de données personnelles aux fins de police sont particulièrement nécessaires « lorsqu'est en jeu la protection de catégories particulières de données plus sensibles », telles que les données relatives aux caractéristiques physiques des individus en raison du risque de stigmatisation, des personnes n'ont été reconnues coupables d'aucune infraction et sont en droit de bénéficier de la présomption d'innocence (Cour EDH, Gr. Ch., 4 décembre 2008, S. et Marper c. Royaume Uni, Req. n° 30562/04 et 30566/04).

De manière similaire, la Cour de Justice de l'Union européenne a précisé que la loi doit établir un rapport entre les données que peuvent traiter des autorités publiques et l'objectif poursuivi, en limitant les catégories de données pouvant être traitées au strict nécessaire (CJUE, 21 décembre 2016, Tele2 Sverige AB, §§108-111).

Au vu des jurisprudences sus-citées, il ne fait guère de doute que ces dispositions violent le droit constitutionnel à la vie privée.

D'une part, comme cela a été démontré *supra*, ces mesures de fichages instaurées par la loi défermée

ne répondent pas à la finalité recherchée par l'adoption de ces nouvelles dispositions. En effet, il ressort de l'alinéa premier de l'article 51 de la loi défermée que les dispositions contestées ont été adoptées afin de répondre à deux objectifs : « mieux garantir la protection de l'enfance » et « lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France ».

Or les débats parlementaires font apparaître que l'article 51 vise à « éviter que des personnes demandent à être reconnues comme mineures dans plusieurs conseils généraux successifs ».

Il en découle que la création d'un fichier recensant les personnes étrangères se déclarant mineures ne répond en aucune manière aux objectifs de lutte contre l'immigration irrégulière et de renforcement de la protection de l'enfance.

L'inscription dans un fichier de l'ensemble des « ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille » revient à créer au contraire une présomption de fraude à l'encontre des seuls mineurs étrangers.

Au-delà, le fait que le législateur prévoie une possibilité de collecter de manière systématique des données sensibles de ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, sans opérer de délimitation de cette collecte au regard de la situation individuelle de chacun de ces mineurs ne peut qu'emporter violation du droit à la vie privée.

Soulignons en outre qu'emporte également violation du droit à la vie privée des étrangers le fait que le législateur n'ait pas accompagné une collecte d'une telle ampleur d'une limitation du cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, et de garanties adéquates permettant que ces données ne soient pas utilisées à des fins autres que la protection de l'enfance.

Ainsi, en raison des effets cumulés de l'ampleur de la collecte de données (possibilité de collecte systématique de données biométriques de mineurs étrangers isolés) et de l'absence de délimitation des usages ultérieurs de ces données, le traitement de données personnelles instauré par l'article 51 de la loi procède à une atteinte à la vie privée disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

*

A la lumière de l'ensemble des développements qui précèdent, les associations exposantes invitent le Conseil Constitutionnel à se saisir d'office et prononcer la censure de l'article 51 de la loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif.

Pour le Gisti,
La Présidente,
Vanina ROCHICCIOLI



Pour la LDH,
Le Président,
Malik SALEMKOUR

