

Les personnes vulnérables en droit de l'asile

Sixième journée d'actualité de l'espace de liberté, de sécurité et de justice
organisée par le Centre d'études internationales et européennes,
Strasbourg, 14 février 2020

Julie Rondu, Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, CEIE – EA
7307.

Ce texte reprend l'intervention orale prononcée lors de la Table-ronde sur la transposition de la notion de vulnérabilité dans les droits nationaux, concernant le droit français. La forme orale a volontairement été conservée.

La vulnérabilité, étymologiquement « ce qui peut être blessé »¹, caractère de ce qui peut être « facilement atteint ou attaqué »², se rapproche ainsi de la fragilité, quelle qu'en soit la cause. Il en résulte que les personnes vulnérables « ne sont *de fait* pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés »³. En droit français, les situations de vulnérabilité revêtent une importance particulière dans le champ du droit pénal, qui évoque à ce titre l'âge, la maladie, ou encore une infirmité⁴. L'importance croissante de la notion de vulnérabilité dans de nombreux champs de la vie sociale, et en particulier au sein du droit⁵, ne s'est

¹ « Vulnérable », in LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, Paris, 1873-1874, disponible en ligne sur <http://www.littre.org>.

² « Vulnérable », in *Trésor de la Langue Française informatisé*, disponible en ligne sur <http://atilf.atilf.fr/>.

³ LAGARDE X., « Avant-propos », in *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, La documentation française, Paris, 2010, pp. 55-72, p. 59. Italiques ajoutés.

⁴ La vulnérabilité constitue une circonstance aggravante de certaines infractions, à l'instar du meurtre : article 221-4 du Code pénal, dont le paragraphe 3 fait référence à la personne caractérisée par sa « particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse ». La vulnérabilité peut même constituer un élément constitutif de certaines infractions : l'on pense notamment à la traite des êtres humains de l'article 225-4-1 du Code pénal, pour laquelle la particulière vulnérabilité est l'une des circonstances alternatives dans lesquelles le recrutement d'une personne à des fins d'exploitation sera constitutif de l'infraction de traite des êtres humains.

⁵ Sur la genèse de la diffusion de la notion de vulnérabilité, voir notamment par BRODIEZ-DOLINO A., « Le concept de vulnérabilité », *La vie des idées*, 11 février 2016, disponible en ligne : <https://laviedesidees.fr/Le-concept-de-vulnerabilite.html>. Cela touche particulièrement le domaine du droit : « en quelques années, la notion de vulnérabilité a profondément pénétré l'ordre juridique » : ROMAN D., « Rapport de synthèse », in *Colloque Vulnérabilité et droits fondamentaux*, *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2019, chron. n° 19,

toutefois traduite que tardivement dans le droit français des étrangers. La conception française de l'égalité contribue peut-être à expliquer une relative réticence à différencier les étrangers selon des caractéristiques inhérentes à leur personne, plutôt que selon leur seul statut juridique.

Toujours est-il que l'insuffisante prise en compte des besoins spécifiques des demandeurs d'asile vulnérables comptait parmi les lacunes du droit français de l'asile, dénoncées notamment par la Commission européenne dans un rapport de 2007 sur la mise en œuvre de la directive « accueil » de 2003⁶. Certes, la prise en considération des besoins particuliers des demandeurs n'était pas totalement absente du droit français de l'asile, comme en témoigne la circulaire de 1999 relative aux Centres d'accueil pour demandeurs d'asile⁷, qui fixait des critères d'admission prioritaires se rapportant implicitement à la vulnérabilité, visant notamment les enfants en bas âge ou les demandeurs souffrant des problèmes de santé.

Toutefois, c'est bien l'évolution du régime d'asile européen commun vers une place accrue accordée à la notion de vulnérabilité qui a conduit le législateur français à intégrer pleinement cette notion en droit interne. La loi du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile⁸, transposant le « paquet asile » de 2013, a représenté l'étape majeure de ce processus. La loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie⁹, dite loi Collomb, a également accentué l'appréhension de la vulnérabilité des demandeurs d'asile dans certaines hypothèses.

Quant à la définition de la vulnérabilité, le droit français retient l'approche du droit de l'Union européenne plutôt que celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui perçoit la

disponible en ligne : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/vulnerabilite-et-droits-fondamentaux-rapport-de-synthese/#_ftn2.

⁶ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les états membres, 26 novembre 2007, COM(2007) 745 final, pp. 1-11, spéc. pp. 9-10.

⁷ Circulaire DPM/CI 3 n° 99-399 du 8 juillet 1999 relative aux procédures d'admission dans le dispositif national d'accueil (DNA) des réfugiés et des demandeurs d'asile, PM 2 24 2137, texte non paru au *JO*.

⁸ Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, *JORF* n°174 du 30 juillet 2015. Voir notamment PETIT J., FLEURY GRAFF T. et LE STRAT G., « La réforme du droit d'asile. Regards croisés sur la transposition des directives « Procédures » et « Accueil », *RTD Eur.*, 2016, pp. 9 et s.

⁹ Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, *JORF* n° 209 du 11 septembre 2018. Voir notamment VANDENDRIESSCHE X., « La loi Immigration et asile, une nouvelle occasion manquée ? », *AJDA*, 2018, pp. 2234 et s.

vulnérabilité comme « inhérente à la qualité de demandeur d’asile »¹⁰. En droit de l’Union, la vulnérabilité résulte de caractéristiques propres à chaque demandeur d’asile, et se révèle indétachable de la notion de « besoins particuliers »¹¹, concernant tant les conditions d’accueil du demandeur d’asile que les garanties procédurales devant lui être accordées.

La loi du 29 juillet 2015 a chargé l’Office français de l’immigration et de l’intégration, l’OFII, de procéder à l’évaluation de la vulnérabilité du demandeur d’asile, « afin de déterminer, le cas échéant, ses besoins particuliers en matière d’accueil »¹².

Se pose alors naturellement la question des critères permettant d’identifier les personnes vulnérables. L’article 21 de la directive « accueil »¹³ dispose ainsi que « les États membres tiennent compte de la situation particulière des 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 psychologique, physique ou sexuelle »¹⁴.

Transposant cette disposition en droit français, l’article L 744-6 du CESEDA reprend mot pour mot cette liste non exhaustive des personnes vulnérables. Toutefois, la formule « telles que », dépourvue d’ambiguïté quant au caractère non limitatif de la liste, n’est pas reprise. L’article pertinent dispose ainsi que « l’évaluation de la vulnérabilité *vise, en particulier, à identifier* les mineurs, les mineurs non accompagnés, [etc] »¹⁵. La distinction est certes assez ténue, et la liste est relativement fournie, mais le texte laisse augurer d’un risque que les agents de l’OFII se concentrent sur l’identification des catégories ainsi énumérées, et que la qualification comme vulnérable d’un demandeur d’asile n’entrant pas dans l’une de ces catégories s’avère peu probable.

¹⁰ CEDH, gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 232.

¹¹ Voir notamment le second chapitre du titre 2 de la première partie de la thèse de PÉTIN J., *La vulnérabilité en droit européen de l’asile*, Université de Pau et des Pays de l’Adour, 2016.

¹² Article L. 744-6 du CESEDA.

¹³ Directive 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, *JOUE*, n° L 180 du 29 juin 2013, pp. 96-116.

¹⁴ Italiques ajoutés.

¹⁵ Article L 744-6, second alinéa, du CESEDA. Italiques ajoutés.

De surcroît, la question de la qualification des agents chargés d'apprécier la vulnérabilité des demandeurs d'asile apparaît également particulièrement sensible, l'article L 744-6 du CESEDA se bornant à préciser que les agents de l'OFII procédant à l'évaluation auront reçu « une formation spécifique à cette fin »¹⁶. Au-delà de la question de leur qualification, certains estiment que par sa nature même, la fonction de contrôle exercée par ces agents « affecte, par principe, la capacité de confiance et d'expression des demandeurs d'asile »¹⁷, ce qui est susceptible de constituer un obstacle à l'identification de la vulnérabilité.

Lors de l'entretien avec l'agent de l'OFII, le demandeur d'asile doit être informé de sa possibilité de bénéficier de l'examen de santé gratuit prévu à l'article L 321-3 du code de la sécurité sociale¹⁸. Certaines ONG avaient quant à elles plaidé pour la réalisation d'un bilan de santé complet des demandeurs, en particulier pour identifier les personnes souffrant de troubles mentaux ou de troubles post-traumatiques¹⁹.

En pratique, les agents de l'OFII recourent à un questionnaire succinct, établi par un arrêté du 23 octobre 2015²⁰, qui porte sur les besoins d'hébergement et sur les besoins d'adaptation liés à un handicap, une grossesse ou un problème de santé. D'aucuns s'interrogent sur la finalité d'un tel procédé : « [s]'agirait-il d'un outil au service de la protection des personnes demandeuses d'asile, afin de garantir leurs besoins spéciaux, ou d'un outil de gestion qui permettrait de pallier la pénurie des places d'hébergement ? »²¹.

A l'issue de cette procédure, les informations attestant d'une situation particulière de vulnérabilité sont transmises à l'OFPRA, sous réserve de l'accord du demandeur d'asile²². Néanmoins, ces informations ne préjugent pas de l'appréciation par l'OFPRA de la vulnérabilité du demandeur en application de l'article L 723-3 du CESEDA, permettant ainsi à l'office de définir les modalités particulières d'examen de la demande d'asile qu'il juge nécessaires en raison de la situation particulière ou de la vulnérabilité d'un demandeur. Pour

¹⁶ Article L 744-6, troisième alinéa, du CESEDA.

¹⁷ BOUBLIL E. et WOLMARK L., « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », *La Revue des droits de l'homme*, 5 janvier 2018, § 11, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/3502>.

¹⁸ Article L 744-6, quatrième alinéa, du CESEDA.

¹⁹ Voir par exemple le rapport de l'Anafé, « Aux frontières des vulnérabilités, Rapport d'observations dans les zones d'attente 2016-2017 », p. 12.

²⁰ Arrêté du 23 octobre 2015 relatif au questionnaire de détection des vulnérabilités des demandeurs d'asile prévu à l'article L. 744-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *JORF* du 31 octobre 2015.

²¹ BOUBLIL E. et WOLMARK L., « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », préc., § 7.

²² Article L 744-6, cinquième alinéa, du CESEDA.

ce faire, l'OFPRA tient compte des informations transmises par l'OFII, ainsi que « des éléments de vulnérabilité dont il peut seul avoir connaissance au vu de la demande ou des déclarations de l'intéressé »²³.

La valeur ajoutée de l'examen de la vulnérabilité par l'OFII apparaît donc discutable, puisque les informations recueillies dans ce cadre ne seront pas nécessairement déterminantes à l'instant pour l'OFPRA d'effectuer sa propre appréciation de la vulnérabilité. Bien sûr, ces deux appréciations ont des finalités distinctes, l'une visant à déterminer des besoins spécifiques en matière d'accueil, quand l'autre tend à adapter la procédure d'examen de la demande d'asile. Toutefois, cette différence de finalité ne rendait pas forcément indispensable l'intervention de deux offices distincts. Cela est d'autant plus vrai que l'OFPRA peut statuer en priorité « sur les demandes présentées par des personnes vulnérables identifiées comme ayant des besoins particuliers en matière d'accueil »²⁴. Le législateur reconnaît ainsi que les besoins des personnes vulnérables du point de vue de l'accueil et de la procédure ne sont pas dénués de tout lien.

La pluralité des examens de la vulnérabilité des demandeurs d'asile, pour différentes finalités, laisse penser que cette prise en considération innerve désormais le droit français. Néanmoins, la transposition en apparence fidèle de la notion de vulnérabilité du droit de l'Union résiste-t-elle à une approche gestionnaire des demandes d'asile, au moment où la France a dépassé l'Allemagne en tant qu'État européen recevant le plus grand nombre de demandes d'asile²⁵ ? Dans un tel contexte, le recours à la notion de vulnérabilité pourrait être susceptible d'une instrumentalisation, en induisant une forme de hiérarchisation entre les demandeurs d'asile, ou en se réduisant à une volonté affichée peinant à être suivie d'effets concrets. Il s'agira ainsi de montrer que si le droit français évoque *formellement* la prise en compte de la vulnérabilité à chaque étape du parcours des demandeurs d'asile (I), la prise en considération *effective* des besoins spécifiques découlant de la vulnérabilité demeure perfectible (II).

²³ Article L 723-3, second alinéa, du CESEDA.

²⁴ Article L 723-3, troisième alinéa, du CESEDA.

²⁵ Voir notamment HULLOT-GUIOT K., « Nombre de demandes d'asile : la France devant l'Allemagne », *Libération*, 22 novembre 2019. Selon les données du ministère de l'Intérieur français, en 2019, 132 614 demandes d'asile ont été introduites auprès de l'OFPRA, ce qui représente 7,3 % de plus qu'en 2018. Données disponibles en ligne : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Info-ressources/Etudes-et-statistiques/Statistiques/Essentiel-de-l-immigration/Chiffres-cles>.

I. Une prise en considération de la vulnérabilité à chaque étape du parcours du demandeur d'asile

Si la vulnérabilité est prise en considération s'agissant tant de l'accueil du demandeur d'asile (A) que de la procédure d'examen de sa demande (B), il s'agit toujours d'une vulnérabilité modulable.

A. Une vulnérabilité modulable quant à l'accueil du demandeur d'asile

Tout au long du parcours, il est fait référence de manière récurrente, souvent sans davantage de précision, à la nécessité de « tenir compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile ». A titre d'illustration, il est loisible d'évoquer les refus d'entrée sur le territoire français, pour lesquels l'OFPRA tient compte de la vulnérabilité du demandeur d'asile²⁶, ou encore la décision de placement en rétention d'un demandeur d'asile, qui prend en compte sa vulnérabilité²⁷. On le voit, la vulnérabilité n'interdit pas l'édition de telles décisions défavorables au demandeur d'asile. Seule une appréciation *in concreto* de la situation du demandeur pourra, le cas échéant, empêcher une mesure d'être prise à son encontre. Le seul constat qu'il s'agit d'une personne vulnérable ne revêt donc pas à lui seul de portée générale, il ne garantit pas un traitement plus favorable de l'intéressé lors de toutes les étapes de son parcours de demandeur d'asile, ce qui nous conduit à évoquer une vulnérabilité modulable.

De surcroît, la notion de vulnérabilité disparaît parfois, au profit d'une référence aux besoins spécifiques de certaines catégories de demandeurs de protection. Il en va ainsi de la possibilité pour l'OFPRA de mettre fin au maintien en zone d'attente d'un demandeur d'asile qui, « notamment en raison de sa minorité ou du fait qu'il a été victime de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence psychologique, physique ou sexuelle, nécessite des garanties procédurales particulières »²⁸. La notion de vulnérabilité, pourtant sous-jacente, s'efface au profit de motifs particuliers de vulnérabilité. La vulnérabilité apparaît ainsi modulable, en ce sens qu'elle n'assure pas un traitement identique des différentes catégories de personnes vulnérables. Le risque d'une hiérarchisation entre demandeurs d'asile vulnérables n'est donc pas totalement absent. Toutefois, il ne s'agit pas là d'une spécificité du droit français, la

²⁶ Article L 213-8-1, du CESEDA.

²⁷ Article L 571-4, du CESEDA.

²⁸ Article L 221-1, du CESEDA.

directive « accueil » prévoyant également, outre les dispositions générales applicables aux personnes vulnérables, des garanties spécifiques au profit des mineurs²⁹, des mineurs non accompagnés³⁰, ainsi que des victimes de tortures ou de violences³¹.

De surcroît, dans l'hypothèse d'un placement en rétention, doit être pris en compte l'« état de vulnérabilité et tout handicap »³². Le handicap est ainsi distingué de la vulnérabilité, puisqu'il peut induire des besoins spécifiques durant la rétention. En outre, les mineurs non accompagnés ne peuvent en principe faire l'objet d'un placement en rétention, la directive « accueil » ne le permettant qu'en des circonstances exceptionnelles³³. Cette garantie acquiert d'autant plus d'importance que le nombre de demandes d'asile présentées par des mineurs non accompagnés est en constante progression en France. L'année 2018 a ainsi été marquée par une augmentation de 24 % par rapport à 2017 pour cette catégorie de personnes vulnérables³⁴.

Les mineurs accompagnant un étranger peuvent quant à eux être placés en rétention. Bien que l'article 11, paragraphe 2, de la directive « Accueil » impose que cela ne soit qu'en dernier ressort, la commodité que représente le placement en rétention pour l'administration est susceptible de l'emporter sur la vulnérabilité de l'enfant.

Outre la question des conditions d'accueil, le caractère modulable de la vulnérabilité se décèle également quant à la procédure d'examen de la demande de protection.

B. Une vulnérabilité modulable quant à la procédure d'examen de la demande d'asile

Tout d'abord, l'OFPRA dispose de la possibilité de traiter en priorité les demandes des personnes vulnérables³⁵.

²⁹ Article 23 de la directive « accueil ».

³⁰ Article 24 de la directive « accueil ».

³¹ Article 25 de la directive « accueil ».

³² Article L 551-1 du CESEDA.

³³ Article 11, paragraphe 3, de la directive « accueil ».

³⁴ OFPRA, Rapport d'activité 2018, p. 18.

³⁵ Article L 723-3, troisième alinéa, du CESEDA.

La procédure accélérée peut quant à elle tout à fait être utilisée pour statuer sur la demande d'asile d'une personne vulnérable³⁶. Néanmoins, l'OFPRA tient alors compte de cette vulnérabilité. De surcroît, la mise en œuvre de la procédure accélérée à l'encontre d'un mineur non accompagné est cantonnée à trois hypothèses, à savoir lorsqu'il provient d'un pays d'origine sûr, lorsqu'il présente une demande de réexamen qui n'est pas irrecevable, et enfin lorsque sa présence en France constitue une menace grave pour l'ordre public³⁷.

De surcroît, lorsque l'OFPRA « considère que le demandeur d'asile, en raison notamment des violences graves dont il a été victime ou de sa minorité, nécessite des garanties procédurales particulières qui ne sont pas compatibles avec l'examen de sa demande en procédure accélérée », il peut décider de statuer selon la procédure ordinaire³⁸. L'on décèle dans cette faculté offerte à l'OFPRA une gradation dans la vulnérabilité. En effet, bien que l'adverbe « notamment » traduise une liste non exhaustive, le choix de ne mentionner que la minorité et le fait d'être victime de violences graves, plutôt que de faire référence à la notion plus générale de vulnérabilité, sous-entend que ces motifs justifient une vigilance particulière quant à la procédure applicable à l'examen des demandes. Une ébauche de hiérarchisation des personnes vulnérables se laisse ainsi entrevoir.

Naturellement, l'appréciation de la vulnérabilité ne préjuge pas du bien-fondé de la demande d'asile³⁹, conformément à la directive « accueil »⁴⁰. Toutefois, le fait d'appartenir à une catégorie de personnes particulièrement vulnérables peut parfois conduire à l'octroi du statut de réfugié. Ainsi, à la suite de la Cour nationale du droit d'asile, le Conseil d'Etat a admis, par un arrêt du 16 octobre 2019, que des femmes nigérianes victimes d'un réseau de traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, constituent un groupe social au sens de la convention de Genève, lorsqu'elles sont effectivement parvenues à s'extraire dudit réseau⁴¹.

Bien sûr, pour d'autres catégories de personnes vulnérables, cette qualité ne suffira pas à leur octroyer une protection internationale, illustrant à nouveau que la vulnérabilité ne garantit pas un traitement juridique homogène.

³⁶ Article L 723-3, dernier alinéa, du CESEDA.

³⁷ Article L 723-2, III. 5°, du CESEDA.

³⁸ Article L 723-3, dernier alinéa, du CESEDA.

³⁹ Article L 744-6, sixième alinéa, du CESEDA.

⁴⁰ Article 22, paragraphe 4, de la directive « accueil » de 2013.

⁴¹ CE, 16 octobre 2019, *Mme A.*, n° 418328. Dans le même sens, CNDA, 30 mars 2017, *Mme F.*, n° 16015058 R.

En définitive, la nécessité de prise en compte de la vulnérabilité à chaque étape du parcours du demandeur d'asile imprègne profondément le droit français. Toutefois, il n'est pas certain que ce constat résiste à la mise en œuvre concrète de ces dispositions, tant la notion même de vulnérabilité et les mesures de protection qu'elle implique demeurent malaisées à saisir.

II. Une effectivité discutable de la prise en considération de la vulnérabilité

Des lacunes peuvent être décelées au stade même de l'identification des personnes vulnérables (A), et la vigilance du juge demeure nécessaire pour assurer que les besoins des personnes vulnérables soient pris en compte tout au long de leur parcours de demandeur d'asile (B).

A. Des lacunes dès l'identification des personnes vulnérables

L'on connaît les difficultés pratiques qu'il peut y avoir à identifier de manière certaine les mineurs, personnes vulnérables par essence. A cet égard, le fichier « Appui à l'évaluation de la minorité », regroupant empreintes digitales et photographie de mineurs non accompagnés, a été jugé conforme à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel du 26 juillet 2019⁴². L'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière est ainsi mis en exergue, sans que l'exigence constitutionnelle tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant ne puisse le contrer. Le jeune peut certes refuser de transmettre les informations visant à son identification. Néanmoins, la pratique a montré que dans certains départements, le relevé des empreintes devenait finalement un préalable indispensable à l'évaluation de vulnérabilité des mineurs⁴³.

Par la suite, le Conseil d'État s'est prononcé⁴⁴ sur le décret du 30 janvier 2019, créant un fichier biométrique des mineurs isolés, et associant les préfetures à l'évaluation de la

⁴² C. const., 26 juillet 2019, *Unicef France et autres*, n° 2019-797 QPC.

⁴³ BRUGGIAMOSCA C., « Le fichier « Appui à l'évaluation de la minorité » à l'épreuve de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant », *AJ Famille*, 2019, pp. 494 et s., faisant notamment référence à GUITTON A., Note d'observations sur l'application du décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes, juin 2019, www.infomie.net/spip.php?article4916.

⁴⁴ CE, 5 février 2020, *UNICEF France et a. et Conseil National Des Barreaux*, n° 428478 et 428826.

minorité⁴⁵, adopté pour des considérations d'efficacité face à la hausse des demandes d'asile introduites par des mineurs non accompagnés. Malgré les fortes réserves du Défenseur des droits⁴⁶, le Conseil d'État conclut à l'absence de méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant, en précisant toutefois que le fait qu'un demandeur apparaisse comme majeur dans l'une des bases consultées en préfecture, ou qu'il refuse de se rendre en préfecture, ne doit pas être considéré comme suffisant pour conclure à sa majorité⁴⁷.

Le 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel avait également reconnu la constitutionnalité du recours aux examens osseux de l'article 388 du code civil⁴⁸, tandis que, six mois plus tard, la Cour de cassation posait une présomption de minorité lorsque le test osseux se révèle trop incertain, tout en reconnaissant que le juge peut se fonder sur d'autres éléments que ledit test pour juger que la personne n'est pas mineure⁴⁹.

En outre, d'autres formes de vulnérabilité, telles que l'existence de troubles mentaux, ou encore le fait d'avoir subi des violences graves, ne sont pas nécessairement aisées à détecter. A cet égard, la concision du questionnaire utilisé par l'OFII, ou encore les problématiques liées à la formation de ses agents, peuvent être relevées à l'appui de ce risque de non-détection. Une différenciation de fait entre des formes « visibles » et « invisibles » de vulnérabilité paraît difficilement évitable. A cela s'ajoute la circonstance que de nombreux demandeurs d'asile ont connu des événements traumatiques, dans leur pays d'origine ou au cours de leur parcours migratoire, ce qui dilue la valeur ajoutée de la notion de vulnérabilité, de par la proportion très élevée de personnes pour lesquelles elle aurait vocation à être reconnue.

Des améliorations demeurent donc nécessaires. Preuve sans doute que l'administration en a conscience, l'OFII s'est doté en 2018 d'un référent « vulnérabilités »⁵⁰; et ce alors que

⁴⁵ Décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes, *JORF* n°26 du 31 janvier 2019.

⁴⁶ Communiqué de presse du 13 décembre 2018, « Le Défenseur des droits demande l'abandon du projet de décret relatif à la mise en œuvre du fichier national biométrique des mineurs non accompagnés », disponible en ligne : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2018/12/le-defenseur-des-droits-demande-labandon-du-projet-de-decret-relatif-a>.

⁴⁷ CE, 5 février 2020, *UNICEF France et a.*, Conseil National Des Barreaux, Req. N° 428478, 428826, spéc. Cons. 16. La majorité doit être appréciée à partir d'un faisceau d'indices.

⁴⁸ Décision n° 2018-768, QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S.*

⁴⁹ Cass. civ., 21 novembre 2019, n°19-15.890.

⁵⁰ Rapport 2018 de l'OFII, p. 22.

l'OFPRO dispose quant à lui de cinq référents, chacun consacré à une catégorie particulière de personnes vulnérables⁵¹. L'action de l'administration doit toutefois se doubler de la prise en considération juridictionnelle de la vulnérabilité.

B. L'indispensable vigilance du juge quant à la prise en compte de la vulnérabilité

Dans un récent discours sur « Le traitement contentieux de la vulnérabilité dans les affaires d'esclavage et de traite humaine », le vice-président du Conseil d'Etat Bruno Lasserre évoquait deux voies suivies par le juge administratif lorsqu'il est confronté à des personnes vulnérables⁵². Il s'agit d'une part d'« assurer que le droit en vigueur et son interprétation garantissent l'effectivité de leurs droits »⁵³, et d'autre part de faire en sorte que « la procédure suivie leur permette effectivement de faire valoir leurs droits »⁵⁴.

Du point de vue de l'effectivité des droits, le Conseil d'Etat est en effet attentif à la prise en compte de la vulnérabilité. Dans un arrêt du 21 avril 2017, il relevait ainsi que l'expulsion de son hébergement d'un demandeur d'asile débouté souffrant de tuberculose, devant subir une intervention chirurgicale, et parent d'un enfant en bas âge, ne revêtait pas un caractère d'urgence, malgré les nombreuses demandes d'hébergement de demandeurs d'asile insatisfaites dans le département, « eu égard à la situation de vulnérabilité de l'intéressé et de son enfant à l'approche de l'hiver »⁵⁵. Le juge effectue ainsi un arbitrage entre la vulnérabilité particulière d'un demandeur et une situation globale tendue en matière d'hébergement.

La prise en compte de la vulnérabilité peut également être évoquée dans le cadre de référés-libertés. Par une ordonnance du 23 décembre 2015, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a ainsi enjoint au directeur de l'OFII d'instruire la demande tendant au bénéfice des conditions matérielles d'accueil à compter du dépôt d'une demande de réexamen de la demande d'asile, car le report de l'instruction sans examen de la vulnérabilité

⁵¹ Ces référents thématiques sont respectivement consacrés aux groupes « Orientation sexuelle et identité de genre », « Torture », « Traite des êtres humains », « Mineurs », et « Violences faites aux femmes ».

⁵² LASSERRE B., « Le traitement contentieux de la vulnérabilité dans les affaires d'esclavage et de traite humaine », intervention au Franco-British-Irish Judicial Cooperation Committee, Londres, 21 juin 2019.

⁵³ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CE, 21 avril 2017, *Mme A. B.*, n° 406065, cons. 5.

portait une atteinte grave et manifestement illégale aux droits que les intéressés tenaient de leur qualité de demandeur d'asile⁵⁶.

Par ailleurs, dans un arrêt du 31 juillet 2019, le Conseil d'Etat a également estimé que les dispositions de la loi « Asile et immigration » créant des cas de refus et de retrait de plein droit des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile et excluant toute possibilité de rétablissement, sont incompatibles avec les objectifs de la directive « accueil »⁵⁷. En conséquence, les demandeurs d'asile privés du bénéfice des conditions matérielles d'accueil peuvent en demander le rétablissement à l'OFII, qui devra alors apprécier « la situation particulière du demandeur au regard notamment de sa vulnérabilité »⁵⁸. La Cour de justice a d'ailleurs encadré dans son récent arrêt *Haqbin*⁵⁹ les possibilités de retrait des conditions matérielles d'accueil.

Du point de vue purement procédural, la vulnérabilité justifie également une certaine souplesse du juge. A titre d'illustration, la Cour nationale du droit d'asile a pu admettre que l'état psychique du demandeur justifie son absence à l'audience, ou encore qu'il fasse état, à l'appui d'une demande de réexamen de sa demande d'asile, d'éléments qu'il n'avait pas soulevés lors de sa première demande, lorsque lesdits éléments se rapportent à une situation de « réelle vulnérabilité »⁶⁰.

De manière plus générale, la « vulnérabilité procédurale » des demandeurs d'asile est également prise en compte à travers la place de l'oralité dans le contentieux des étrangers⁶¹.

Conclusion

En définitive, si la prise en compte de la vulnérabilité est imposée par le droit positif à chaque étape du parcours du demandeur d'asile, il s'agit d'une vulnérabilité différenciée, et à la prise en considération de laquelle le juge doit sans cesse demeurer vigilant, pour contrer la

⁵⁶ TA Nantes, ord., 23 décembre 2015, *M. D.B. et Mme A.C.*, n° 1510514.

⁵⁷ CE, 31 juillet 2019, *La Cimade et a.*, n° 428530, cons. 4 et 11.

⁵⁸ *Ibid.*, cons. 16.

⁵⁹ CJUE, gde ch., 12 novembre 2019, *Haqbin*, aff. C-233/18, ECLI:EU:C:2019:956.

⁶⁰ CNDA, 7 janvier 2016, *Mme S. épouse M. et M. M.*, n° 15025487-15025488 R, cons. 21.

⁶¹ LASSERRE B., « Le traitement contentieux de la vulnérabilité dans les affaires d'esclavage et de traite humaine », préc., p. 7.

pression d'une logique gestionnaire des demandes d'asile. Enfin, un risque d'instrumentalisation de la notion de vulnérabilité existe, celle-ci ne devant pas devenir le prétexte d'une diminution du niveau de protection des demandeurs d'asile qui ne seront pas considérés comme vulnérables.