



Paris, le 17 juillet 2014

Décision du Défenseur des droits n° MSP/2014-108

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et notamment les articles 2, 3, 8 et 13 ;

Informé du recours introduit par plusieurs associations contre l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'Etat.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

**Observations devant le Conseil d'Etat présentées dans le cadre de
l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011**

En abrogeant l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte, l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 ici contestée vise à étendre et adapter à Mayotte le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA »).

En dépit de cet objectif, force est de constater que de nombreuses dérogations au droit commun continuent de priver les ressortissants de pays tiers de certains droits applicables en métropole ; c'est l'objet du recours introduit devant le Conseil d'Etat par les associations requérantes.

Le Défenseur des droits s'est prononcé à plusieurs reprises sur l'une de ces dérogations, maintenue à l'article 14 II de l'ordonnance litigieuse, à savoir l'absence de recours suspensif contre les mesures d'éloignement prises à l'encontre des étrangers dépourvus de droit au séjour à Mayotte.

Que ce soit par voie d'observations devant les juridictions saisies ou par celle de recommandations générales à l'endroit des pouvoirs publics, le Défenseur des droits a constaté que l'absence d'une telle garantie n'était pas conforme aux exigences du droit européen et, en particulier, de la solution dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») dans son arrêt *De Souza Ribeiro c/France* du 13 décembre 2012.

Tel est également l'objet des présentes observations.

En premier lieu, au regard de la décision européenne *De Souza Ribeiro*, lorsque sont allégués des griefs tirés des articles 2 et 3 de la Convention (droit à la vie et droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains et dégradants) ou de l'article 4 du Protocole n°4 (expulsions collectives), le droit à un recours effectif tel que garanti par l'article 13 exige que le recours en question soit de plein droit suspensif, ainsi qu'en atteste le paragraphe 82 de cette décision :

82. Lorsqu'il s'agit d'un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, compte tenu de l'importance que la Cour attache à cette disposition et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale (*Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n°36378/02, § 448, CEDH 2005-III), un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3 (*Jabari*, précité, § 50) ainsi qu'une célérité particulière (*Bati et autres c. Turquie*, nos 33097/96 et 57834/00, § 136, CEDH 2004-IV (extraits)). Dans ce cas, l'effectivité requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif (*Gebremedhin [Gaberamadhien]*, précité, § 66, et *Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC]*, n°27765/09, § 200, 23 février 2012). Les mêmes principes s'appliquent lorsque l'expulsion expose le requérant à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie, protégé par l'article 2 de la Convention. Enfin, l'exigence d'un recours de plein droit suspensif a été confirmée pour les griefs tirés de l'article 4 du Protocole no 4 (*Çonka*, précité, §§ 81-83, et *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 206).

Or, beaucoup de mesures d'éloignement sont susceptibles de tomber sous l'empire de ces articles, notamment lorsque des enfants sont séparés de leurs parents du fait de ces mesures, situation sur laquelle le Défenseur des droits a pu se prononcer dans sa décision n° MDE/2013-253 du 5 décembre 2013 (pièce n°1), concernant une mesure d'éloignement prise à l'encontre des enfants, âgés de 3 et 5 ans, d'un ressortissant comorien vivant à Mayotte en situation régulière et qui, à leur arrivée sur le territoire mahorais dans une embarcation de fortune, avaient été rattachés à un tiers dépourvu de tout lien de filiation ou d'autorité afin d'exécuter au plus vite la décision d'éloignement.

De telles séparations sont en effet reconnues par une jurisprudence européenne constante comme constituant des traitements inhumains au regard de l'article 3.

Par exemple, la Cour européenne, dans un arrêt *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique* en date du 12 octobre 2006 (requête n°41442/07) - qui concernait le refoulement dans son pays d'origine d'une enfant en bas âge, étrangère en situation irrégulière, non accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même - a constaté que cet enfant se trouvait dans une situation d'extrême vulnérabilité et que cette situation n'était pas conforme à l'article 3 de la Convention. Dans le même arrêt, elle a estimé que le fait, pour un parent, de savoir ses enfants dans une situation de si grande vulnérabilité pouvait aussi s'apparenter à un traitement inhumain et dégradant.

La Cour a également rappelé qu'au regard de la protection absolue conférée par l'article 3, la situation d'extrême vulnérabilité des enfants est l'élément qui doit être déterminant aux yeux des autorités et qui doit prédominer sur la qualité d'étranger en situation irrégulière (§55). Le préfet, comme le juge, a dès lors l'obligation de protéger les enfants non accompagnés et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3.

En conséquence, sur ce premier point, le droit applicable aux mesures d'éloignement des étrangers à Mayotte, tel qu'il perdure dans l'article 14 II de l'ordonnance du 7 mai 2014, ne paraît pas conforme aux exigences européennes et c'est la raison pour laquelle, dans son courrier au Ministre de l'Intérieur en date du 3 mars 2014 (pièce n°2), le Défenseur des droits avait déjà estimé que la législation semblait bien devoir être réformée.

En second lieu, si le droit européen n'impose pas le caractère suspensif de plein droit du recours lorsqu'est invoqué l'article 8 relatif au droit de mener une vie familiale normale, il commande néanmoins que soient offertes de nombreuses garanties procédurales très proches, destinées à assurer l'effectivité du recours.

Au titre des prescriptions énoncées par la Cour pour garantir un recours effectif quand l'article 8 est invoqué, l'on retrouve celles énumérées au paragraphe 83 de l'arrêt *De Souza Ribeiro*, à savoir notamment la possibilité effective de contester la décision d'expulsion et celle d'obtenir un examen sérieux et suffisamment approfondi par une instance interne compétente fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité.

83. En revanche, s'agissant d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif. Il n'en demeure pas moins qu'en matière d'immigration, lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention exige que l'Etat fournisse à la

personne concernée une **possibilité effective de contester** la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un **examen suffisamment approfondi** et offrant des **garanties procédurales adéquates** des questions pertinentes par une **instance interne compétente fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité** (*M. et autres c. Bulgarie*, n°41416/08, 26 juillet 2011, et, *mutatis mutandis*, *Al-Nashif c. Bulgarie*, n°50963/99, § 133, 20 juin 2002).

De plus, pour être effectif, le recours exigé par l'article 13 doit être disponible en droit comme en pratique, au sens où son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur (*Çakıcı c. Turquie*, no 23657/94).

Autrement dit, théoriquement, le droit européen autoriserait qu'une procédure *ad hoc* puisse être instituée au lieu et place d'un recours suspensif de plein droit, et ce sans même que soit garanti l'accès à un juge : la Cour impose en effet que la contestation de la mesure puisse être faite devant une instance indépendante et impartiale, laquelle n'est pas nécessairement juridictionnelle (*De Souza Ribeiro*, § 79).

79. L'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 ne dépend pas de la certitude d'une issue favorable pour le requérant. De même, l'« instance » dont parle cette disposition n'est pas nécessairement juridictionnelle. Cependant, ses pouvoirs et les garanties procédurales qu'elle présente entrent en ligne de compte pour déterminer si le recours est effectif (*Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, § 67, série A no 28). S'agissant des « instances » non juridictionnelles, la Cour s'attache à en vérifier l'indépendance (voir, par exemple, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, §§ 77 et 81 à 83, série A no 116, *Khan c. Royaume-Uni*, no 35394/97, §§ 44 à 47, CEDH 2000-V), ainsi que les **garanties de procédure offertes aux requérants** (voir, *mutatis mutandis*, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, §§ 152 à 154, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*). En outre, l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul (*Rotaru c. Roumanie [GC]*, no 28341/95, § 69, CEDH 2000-V).

Toutefois, la création d'une éventuelle procédure *ad hoc* alternative à un recours suspensif de plein droit et permettant de voir sa contestation examinée sérieusement et effectivement, risquerait, du fait de sa complexité, de ne pas répondre aux exigences du droit européen.

Les instructions du Ministre de l'Intérieur au Préfet de Mayotte, en date du 3 avril 2013, témoignent d'ailleurs de cette difficulté : il est demandé aux préfets de veiller, au cas par cas, au respect des principes de l'arrêt en évaluant notamment l'opportunité du recours effectué (façon dont il est rédigé, étayé, doté d'un caractère sérieux etc.) et, ainsi, de décider qu'il soit sursis à l'exécution de l'éloignement. Cette indication semble pourtant contrevenir au droit au recours effectif tel que défini par le droit européen dans la mesure où la Cour impose qu'un tel contrôle de la contestation soit effectué par une instance indépendante : ce contrôle, préalable à l'exécution de la décision, ne pourrait donc valablement être « filtré » par le préfet.

Ainsi, sauf à créer une instance spécifique offrant les gages d'impartialité et d'indépendance destinée à examiner les recours formés contre les mesures d'éloignement – que le préfet, auteur des décisions, ne peut bien évidemment pas constituer – force est de constater que le juge administratif est l'autorité la mieux à même pour remplir les exigences de la Cour.

C'est justement sur ce point que le Défenseur des droits avait appelé l'attention du Ministre de l'Intérieur, par courrier du 3 mars 2014 précité (pièce n°2) dans lequel il avait regretté que

le projet d'ordonnance réformant le droit du séjour des étrangers à Mayotte n'envisage pas de reconnaître le caractère suspensif des recours contre les mesures d'éloignement.

En tout état de cause, même dans l'hypothèse où le caractère suspensif du recours n'est pas rendu obligatoire, il n'en demeure pas moins que l'Etat doit fournir à la personne concernée une possibilité effective de contester la décision d'éloignement, ce qui signifie qu'elle doit obtenir un examen sérieux et suffisamment approfondi de sa légalité et bénéficier des garanties procédurales adéquates. Par ailleurs, l'effectivité du recours ne sera garantie que si l'intervention du juge ou de l'instance compétente est « réelle » afin d'éviter tout risque de décision arbitraire et si les autorités ne procèdent pas de manière expéditive à l'éloignement de la personne, ce qui rend le recours inopérant et inaccessible (§§ 93, 96).

93. Toutefois, elle rappelle que, sans préjudice du caractère suspensif ou non des recours, l'effectivité requiert, pour éviter tout risque de décision arbitraire, que l'intervention du juge ou de « l'instance nationale » soit réelle.

96. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la reconduite à la frontière du requérant a été effectuée selon une procédure mise en œuvre selon des modalités rapides, voire expéditives. Ces circonstances n'ont pas permis au requérant d'obtenir, avant son éloignement, un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse par une instance interne (voir paragraphe 79 ci-dessus).

Or, le caractère expéditif des procédures d'éloignement à Mayotte (les placements en centre de rétention administrative, pour la quasi majorité d'entre eux, sont inférieurs à un jour) anéantit toute possibilité effective d'une telle contestation. Les mesures administratives de reconduite sont exécutées dès leur notification. Même dans l'hypothèse où le réclamant a eu le temps, en toute urgence, de former un recours, sa requête est examinée postérieurement à l'exécution de la décision, ce qui ne peut être considéré comme conforme aux prescriptions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est en effet justement au regard du caractère expéditif des procédures et après avoir constaté que l'étranger avait été éloigné « moins de trente-six heures après son interpellation » que la Cour condamne la France dans l'affaire *De Souza Ribeiro*.

Enfin, il convient de rappeler que le Conseil d'Etat a créé très récemment un recours suspensif contre les réadmissions en cas de placement en rétention d'un demandeur d'asile relevant de la procédure « Dublin II » (CE, S., 30 décembre 2013, n° 367533).

Cette nouvelle garantie semble attester que le mouvement juridictionnel et législatif qui se dessine est bien celui de l'extension du caractère suspensif des recours.

C'est pourquoi le Défenseur des droits s'était permis de rappeler au Ministre de l'Intérieur, dans son courrier du 3 mars 2014 précité, la teneur de son avis du 19 novembre 2013, par lequel il estimait que, concernant Mayotte, « les dispositions légales applicables aux étrangers en situation irrégulière à Mayotte rendent de facto inopérants les recours exercés contre les arrêtés de reconduite à la frontière » et qu'à ce titre, il « commande au gouvernement de prendre les dispositions utiles afin que les étrangers disposent, conformément à l'arrêt *De Souza Ribeiro c/ France*, d'un recours effectif pour contester un arrêté de reconduite à la frontière ».

Pour conclure, le Défenseur des droits souhaite revenir sur le fait le raisonnement développé en l'espèce a été porté à la connaissance du Ministre de l'Intérieur, par courrier du 3 mars 2014 précité (pièce n°2).

Pourtant, dans sa réponse au courrier du GISTI, de la LDH et de La Cimade adressé au Comité des Ministres dans le cadre du suivi de l'exécution de l'arrêt *De Souza Ribeiro* (pièce n°3, page 4), le Gouvernement explique que les associations requérantes ne peuvent valablement se prévaloir de la décision du Défenseur des droits du 19 novembre 2013 recommandant de mettre en place un recours suspensif à Mayotte, au motif que cette décision porte sur des faits antérieurs à la publication des instructions que le Ministre a donné au Préfet de Mayotte, le 3 avril 2013.

« Les décisions du Défenseur des droits sont nécessairement prises en considération par le Gouvernement. Toutefois, l'utilisation que font la Cimade et le Gisti de la décision 2013-235 pour tenter de prouver l'ineffectivité des mesures d'exécution prises par le gouvernement est très contestable.

(...)

La décision du défenseur des droits critique donc une situation antérieure à l'arrêt de Souza Ribeiro du 12 décembre 2012 et aux mesures d'exécution prises par le Gouvernement, notamment la lettre d'instruction particulière au préfet de Mayotte du 3 avril 2013. En conséquence, la décision du défenseur des droits ne saurait permettre d'établir l'ineffectivité des mesures d'exécution prises par le Gouvernement. D'ailleurs, le Défenseur des droits ne fait aucune mention de ces instructions, puisqu'elles n'étaient pas en vigueur au moment où se sont produits les cas pour lesquels il a été saisi. »

Cette affirmation, si elle devait être avancée devant le Conseil d'Etat dans le cadre du présent contentieux contre l'ordonnance du 7 mai 2014, devrait être infléchie au sens où plusieurs actes du Défenseur des droits, postérieurs à ces instructions, ont eu à cœur de pointer les insuffisances de la « législation » au regard des exigences européennes et ce, au regard des précisions données par le Ministre de l'Intérieur par instructions du 3 avril 2013.

Dans sa décision n° MDE/2013-253 du 5 décembre 2013 précitée (pièce n°1), le Défenseur des droits avait en effet relevé le caractère expéditif prononcé d'une procédure d'éloignement prise le 14 novembre 2013, exécutée le même jour.

Plus précisément encore, dans son courrier du 3 mars 2014 au Ministre de l'Intérieur, le Défenseur des droits avait pris le soin d'expliquer en quoi ces instructions demeuraient insuffisantes au regard de la solution dégagée dans l'arrêt *De Souza Ribeiro*.

En conséquence, le Défenseur des droits constate dans les présentes observations que l'article 14 II de l'ordonnance du 7 mai 2014, en laissant le droit inchangé en matière de droit au recours suspensif contre les mesures d'éloignement à Mayotte, n'est pas conforme à l'article 13 de la CEDH, combiné avec les articles 2, 3 et 8.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat.

