

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

Requête n° 57035/18

M.D. c. France

L'association « Avocats pour la défense des droits des étrangers » (ADDE)

L'association « Groupe d'information et de soutien aux immigrés » (GISTI)

L'association « Avocats pour la défense des droits des étrangers » (ADDE) compte plus de 300 membres avocats engagés dans la défense des droits des étrangers en France, et a pour but de soutenir l'action des étrangers en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits.

Le groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) est une association créée au début des années soixante-dix, dont l'objectif est d'aider les personnes étrangères ou immigrées à faire valoir leurs droits en France, sur la base du principe d'égalité.

Conformément aux articles 36 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« Convention ») et 44-3 du règlement de la Cour, l'ADDE et le GISTI ont été autorisées par la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») à effectuer une tierce-intervention dans l'affaire M. D. c. France, communiquée au Gouvernement en décembre 2018.

La requête M. D. c. France soulève la question de la conventionnalité du placement des mineurs accompagnés en rétention administrative et, en particulier, du placement au sein du centre n°2 du Mesnil-Amelot, d'une mère et de son enfant de quatre mois, pendant une durée de onze jours.

C'est dans ce contexte que l'ADDE et le GISTI entendent présenter les observations suivantes.

I. RAPPEL DU CONTEXTE

1. Au lendemain de la première condamnation de la France par la Cour en raison du placement en centre de rétention administrative de mineurs accompagnés (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07), une circulaire du 6 juillet 2012 – dépourvue de toute valeur réglementaire – a invité les préfets à privilégier l'assignation à résidence des familles sur le placement en rétention administrative, à condition toutefois que celles-ci justifient de garanties de représentation. Cette circulaire a néanmoins réaffirmé le principe du placement en rétention des mineurs accompagnés lorsqu'il existe un « risque de fuite » d'un ou plusieurs membres de la famille.

Depuis lors, le placement des mineurs accompagnés en rétention administrative a été entériné par l'adoption de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France, qui a introduit au sein de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, des dispositions dédiées au placement en rétention administrative des mineurs accompagnants des adultes.

L'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile autorise le placement en centre de rétention administrative d'adultes accompagnés de mineurs dans trois hypothèses :

- « 1° S'il n'a pas respecté l'une des prescriptions d'une précédente mesure d'assignation à résidence ;
 - 2° Si, à l'occasion de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement, il a pris la fuite ou opposé un refus ;
 - 3° Si, en considération de l'intérêt du mineur, le placement en rétention de l'étranger dans les quarante-huit heures précédant le départ programmé préserve l'intéressé et le mineur qui l'accompagne des contraintes liées aux nécessités de transfert.
- Dans les cas énumérés aux 1° à 3°, la durée du placement en rétention est la plus brève possible, eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ. Dans tous les cas, le placement en rétention d'un étranger accompagné d'un mineur n'est possible que dans un lieu de rétention*

administrative bénéficiant de chambres isolées et adaptées, spécifiquement destinées à l'accueil des familles.

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale pour l'application du présent article ».

La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie n'a pas remis en cause ce dispositif mais a très largement prolongé la durée maximale de la rétention administrative en la portant de 45 à 90 jours.

Le législateur a également envisagé de limiter la durée maximale de la rétention administrative des mineurs accompagnés à cinq jours avant de renoncer à cette mesure sous la pression du gouvernement qui avançait que cela rendrait systématique les placements en rétention pendant 5 jours des familles, et de finalement calquer le régime des mineurs sur celui des majeurs de sorte que la durée de rétention d'un mineur peut désormais, depuis le 1^{er} janvier 2019, être de 90 jours.

2. Loin d'avoir écarté le placement des mineurs en centre de rétention administrative, la loi du 7 mars 2016 lui a donné une assise confirmée par l'augmentation importante et continue du placement des mineurs en rétention.

Il ressort à cet égard, de la décision du 8 février 2018 du Défenseur des droits², de l'avis du 9 mai 2018 du contrôleur général des lieux de privation de liberté³, et du rapport « *Centres et locaux de rétention administrative 2017* » réalisé par six associations⁴, que le placement des mineurs en centre de rétention administrative atteint désormais un niveau proche de celui que connaissait la France avant sa première condamnation par la Cour.

Sur les quinze dernières années, les chiffres du placement des mineurs en rétention administrative a évolué de la manière suivante :

- Une augmentation progressive et continue du nombre de mineurs placés en centre de rétention entre 2004 et 2011 (2004 : **165** ; 2005 : **262** ; 2006 : **197** ; 2007 : **242** ; 2008 : **222** ; 2009 : **318** ; 2010 : **356** ; 2011 : **312**)
- Une diminution progressive du nombre de mineurs placés en centre de rétention entre 2012 et 2014 (2012 : **99** ; 2013 : **40** ; 2014 : **45**)
- Une augmentation rapide et continue du nombre de mineurs placés en centre de rétention entre 2015 et 2017 (2015 : **106** ; 2016 : **172** (4111 en outre-mer) ; 2017 : **304** (2493 en outre-mer)).

Le nombre d'enfants placés en centre de rétention a ainsi triplé entre 2015 et 2017, ceci alors que la France a, entre temps, fait l'objet de cinq condamnations par la Cour (CEDH, 12 juillet 2016, *R. M. c. France*, n° 33201/11 ; CEDH, 12 juillet 2016, *A. B. c. France*, n° 11593/12 ; CEDH, 12 juillet 2016, *A. M. c. France*, n° 24587/12 ; CEDH, 12 juillet 2016, *R. K. c. France*, n° 68264/14 ; CEDH, 12 juillet 2016, *R. C. c. France*, n° 76491/14).

Au mois de juin 2018, 106 mineurs avaient été placés dans les centres de rétention administrative de métropole, tandis que ce placement concernait 536 mineurs en outre-mer⁵.

Dans ce contexte, plusieurs autorités administratives indépendantes telles que le Défenseur de droit⁶ et le contrôleur général des lieux de privation de liberté⁷, ainsi que plusieurs associations⁸, ont récemment remis en lumière les carences du système français, et appelé le législateur à proscrire le placement des mineurs accompagnés en centre de rétention administrative.

3. Les observations qui suivent font état des pratiques usitées en métropole, et en particulier au sein du centre de rétention administrative n° 2 du Mesnil-Amelot.

² https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_2018-045_du_defenseur_des_droits_.pdf

³ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037058434>

⁴ https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2018/07/La_Cimade_Rapport_Retention_2017.pdf

⁵ Source : DSED/DGEF/Ministère de l'intérieur : <http://www.senat.fr/rap/a18-153-2/a18-153-26.html>

⁶ https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_2018-045_du_defenseur_des_droits_.pdf

⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037058434>

⁸ https://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2018/07/La_Cimade_Rapport_Retention_2017.pdf

Le GISTI et l'ADDE attirent néanmoins l'attention de la Cour sur la situation particulière à Mayotte où, à la suite des interpellations de kwassas (embarcations de fortune utilisées pour traverser le bras de mer entre Anjouan et Mayotte), les mineurs qui voyagent seuls sont rattachés arbitrairement à un adulte afin d'organiser leur placement en centre de rétention administrative et leur éloignement expéditif sans s'assurer du respect de leur intégrité physique et psychique. Chaque année, à Mayotte, ce sont ainsi plusieurs milliers de mineurs qui sont placés en rétention administrative.

II. OBSERVATIONS SUR LES QUESTIONS POSEES AUX PARTIES

A Sur l'article 3 de la Convention

1. L'article 3 de la Convention prévoit que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

La Cour considère que l'extrême vulnérabilité d'un enfant est une considération primordiale qui prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal, et que le placement des enfants en centre de rétention administrative est susceptible d'atteindre le seuil de gravité exigé pour une violation de l'article 3 de la Convention (CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03).

Statuant sur le grief pris de la violation de l'article 3, la Cour tient compte du bas âge des enfants, de leur état de santé, de la vulnérabilité particulière de l'enfant compte tenu des traumatismes déjà subis, des conditions de vie dans le centre fermé, et de l'inadaptation de la structure à l'accueil des enfants (CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07 ; CEDH, 13 décembre 2011, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, n° 15297/09 ; CEDH, 31 juillet 2012, *Mahmundi et autres c. Grèce*, n° 14902/10).

Pour déterminer si les traitements endurés excèdent le seuil fixé par l'article 3, la Cour prend également en compte la durée de la rétention, et estime à cet égard que l'enfermement d'une durée de sept jours est excessif et conduit à la violation de l'article 3 de la Convention (CEDH, 12 juillet 2016, *R. M. c. France*, n° 33201/11).

Par ailleurs, la circonstance que le placement s'effectue dans un centre habilité à recevoir des familles ne permet pas d'écarter la violation de l'article 3 de la Convention dans la mesure où les enfants demeurent exposés au stress, à l'insécurité et sont plongés dans un environnement hostile en contradiction avec les principes internationaux de protection des enfants (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07) ; de même que la circonstance que les enfants n'aient pas été séparés de leurs parents est à cet égard sans incidence sur le caractère inhumain et dégradant du traitement dont ils font l'objet lors de l'enfermement (CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07).

S'agissant des adultes accompagnateurs, la Cour a déjà retenu la violation de l'article 3 de la Convention dans le chef de la mère requérante (CEDH, 31 juillet 2012, *Mahmundi et autres c. Grèce*, n° 14902/10). La Cour avait à cet égard souligné que l'absence de suivi spécifique à l'égard de la mère enceinte en dépit de sa situation particulière constituait un traitement inhumain et dégradant.

La situation des adultes accompagnateurs doit être examinée au cas par cas en tenant compte, non seulement des nécessités médicales, mais plus généralement de la vulnérabilité des intéressés.

2. Le placement en rétention expose les enfants à un traumatisme dès la phase d'interpellation à domicile qui se déroule de manière générale dans des conditions particulièrement brutales, difficiles voire violentes. Le Défenseur des droits a ainsi été saisi de la situation d'une famille dont l'interpellation a provoqué une crise de panique chez l'enfant qui a en conséquence nécessité une hospitalisation avant de rejoindre sa famille en centre de rétention (décision du 8 février 2018).

Une fois en rétention, les enfants sont plongés dans un univers quasi pénitentiaire, extrêmement anxiogène, entourés de murs, de grilles et de barbelés, ils sont témoins de tous les actes de la vie du centre : locaux exigus, appels diffusés par les haut-parleurs, présence constante de personnels de police en uniforme, détresse des personnes retenues, violences que celles-ci peuvent engendrer, automutilations, transfert de personnes entravées ou menottées.

Le centre de rétention administrative du Mesnil-Amelot est en principe habilité à recevoir des familles, et comprend à cet égard quelques équipements et des jeux de société. Il est cependant situé dans un couloir aérien dans lequel un avion passe chaque minute, à proximité immédiate des pistes de l'aéroport Charles de Gaulle, de sorte que le bruit généré est particulièrement angoissant pour des enfants, et ce d'autant plus pour des nourrissons.

Les bâtiments accueillant les familles connaissent en particulier de graves dysfonctionnements du chauffage et, durant le mois de février 2018, les chambres, dans lesquelles dormaient de très jeunes enfants, et notamment un prématuré, n'atteignaient pas plus de 10 degrés⁹. Il n'est, en outre, pas doté de lits pour nourrissons¹⁰, le personnel n'est pas formé à l'accompagnement des enfants et il n'existe pas de pédiatre au sein de l'équipe médicale.

De manière générale, les conditions matérielles d'enfermement au sein du centre n°2 du Mesnil-Amelot sont désastreuses, notamment en termes d'hygiène puisqu'il y est fait état de puces de lit, de gale, et les sanitaires sont souvent défectueux¹¹. Une grève de la faim a d'ailleurs été déclenchée par les retenus au début du mois de janvier 2019 pour contester ces conditions¹².

Les derniers rapports sur le sujet confirment que la rétention, même de courte durée, laisse les enfants anxieux, déprimés, avec des difficultés de sommeil et des problèmes dans leur développement psychique : le Défenseur des droits a constaté la dégradation de l'état de santé des enfants maintenus dans les centres de rétention : « *ils subissaient d'importantes pertes de poids, tombaient malades, refusaient de s'alimenter, souffraient de maladie chronique nécessitant parfois des hospitalisations* » (décision du 8 février 2018 n° 2018-045). Dans le même sens, le contrôleur général des lieux de privation de liberté a également indiqué, par son avis du 9 mai 2018, qu'il ressortait des témoignages reçus que « *nombre des enfants exposés à un tel traitement ont ensuite nourri durablement des angoisses et subi des troubles du sommeil, du langage ou de l'alimentation* ».

3. Il doit enfin être considéré que la situation subie par le parent ne peut parfois pas être détachée du traitement subi par l'enfant.

Il en va notamment ainsi de la mère isolée retenue avec un nourrisson non sevré au lait maternel et dont l'enfermement ne permet aucune intimité. Ne disposant pas d'un [système immunitaire](#) totalement mature, le nourrisson est sensible aux [infections](#) et aux parasites, et en l'absence de pédiatre au sein du centre, le sentiment subi par le parent isolé ne saurait en effet se limiter à une simple frustration résultant de l'incapacité d'assurer l'autorité parentale.

Dans cette hypothèse, l'angoisse générée par l'enfermement chez le parent isolé est largement accentuée et doit être regardée comme constituant un traitement inhumain et dégradant.

4. Compte tenu de ce qui précède, le placement en rétention administrative d'un nourrisson dans le centre n° 2 du Mesnil-Amelot **constitue un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention, tant pour l'enfant que pour le parent.**

5. Il doit être souligné en outre que dans la rédaction issue de la loi du 7 mars 2016, un mineur peut être placé en rétention lorsqu'il est accompagné d'un adulte. Peu importe que cet adulte ne soit pas le parent du mineur, ni qu'il exerce légalement l'autorité parentale sur cet enfant. Cette rédaction vise à légaliser des pratiques scandaleuses de l'administration française à Mayotte qui consistent à adosser à des mineurs des adultes choisis au hasard par l'administration afin d'organiser leur éloignement du territoire français et par conséquent les soumettre à une privation de liberté. Le fait d'inscrire dans la loi la validation de telles pratiques institutionnalise un traitement inhumain et dégradant des mineurs, contraire non seulement à l'article 3 de la Convention mais également aux articles 3 et 22 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

⁹ <https://www.nouvelobs.com/monde/migrants/20180302.OBS2976/on-n-a-jamais-vu-autant-d-enfants-en-centre-de-retention.html>

¹⁰ <https://www.europe1.fr/societe/dans-le-centre-de-retention-du-mesnil-amelot-le-traumatisme-des-enfants-3628580>

¹¹ https://www.liberation.fr/france/2019/01/29/esther-benbassa-au-centre-de-retention-du-mesnil-amelot-on-m-a-parle-de-puces-de-lit-et-meme-de-gale_1706082

¹² <http://www.leparisien.fr/societe/ile-de-france-une-centaine-de-personnes-en-greve-de-la-faim-dans-deux-centres-de-retention-11-01-2019-7986861.php>

B Sur l'article 5 § 1 de la Convention :

1. L'article 5 § 1 de la convention prévoit que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté et que nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les hypothèses visées par la Convention. Figure au nombre de ces hypothèses l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

La Cour soumet néanmoins la conventionnalité au sens de l'article 5 § 1 du placement en rétention administrative de la famille **à la condition que les autorités internes établissent qu'elles ont recouru à cette mesure après avoir vérifié qu'aucune autre moins attentatoire à la liberté ne pouvait être mise en œuvre** (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07 § 119 ; CEDH, 12 juillet 2016, *A. B. c. France*, n° 11593/12 § 123).

En d'autres termes, la violation de l'article 5 § 1 est acquise s'il n'est pas effectivement démontré que le placement constitue une mesure de dernier ressort à laquelle aucune autre moins coercitive ne pouvait se substituer.

2. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit en son article L. 551-1 que les adultes accompagnés de mineurs peuvent être placés en rétention administrative dans trois hypothèses précitées.

Les hypothèses 1° et 2° autorisent le placement en raison du comportement de l'adulte sans toutefois prévoir un examen préalable des solutions alternatives, là où l'hypothèse 3° autorise l'administration **de façon systématique** à procéder au placement alors que d'autres mesures moins contraignantes permettraient la mise en œuvre de l'éloignement.

C'est dire si le placement des mineurs en rétention administrative n'est pas conçu selon le droit en vigueur comme étant une mesure d'ultime recours puisqu'il autorise le placement de mineurs accompagnants en centre de rétention administrative, en l'absence de tout risque de fuite, par pure commodité pour l'autorité administrative pour les nécessités du transfert.

Pour sa part, le juge interne se limite à rechercher si les intéressés entrent dans le champ de l'une des hypothèses visées par cet article sans se prononcer sur l'existence de mesures moins coercitives telles que la surveillance électronique ou l'assignation en résidence hôtelière (CA Metz, 7 juin 2017, n° 17/00336 ; CA Paris, 7 septembre 2017, 17/03888). La jurisprudence de la Cour de cassation n'exige pas la recherche prioritaire d'une solution alternative à la rétention lorsque des enfants sont privés de liberté (Cassation chambre civile 1, 30 avril 2014, 13-11589).

Dans la mesure où l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'impose pas de rechercher si des mesures alternatives moins coercitives sont envisageables, il méconnaît les dispositions de l'article 5 § 1 de la Convention telles qu'interprétées par la Cour.

3. En pratique d'ailleurs le placement des mineurs en rétention est généralement décidé pour des raisons d'organisation ou de commodité pratique.

Par un avis du 9 mai 2018¹³, le contrôleur général des lieux de privation de liberté, autorité administrative indépendante, a relevé que les préfetures s'appuyaient principalement sur la 3^{ème} hypothèse de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile :

« L'enfermement des enfants est devenu pour quelques préfetures une pratique destinée à faciliter l'organisation de la reconduite. (...) Cette mesure est surtout destinée à faciliter le travail de l'administration en vue de l'éloignement des familles, en ce qu'elle évite un déplacement au petit matin au domicile de la famille. L'examen des statistiques montre que son utilisation n'est pas liée au comportement des étrangers enfermés, a priori comparable sur tout le territoire national, mais bien à des pratiques professionnelles locales ».

¹³

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037058434&categorieLien=id>

Ce constat est partagé par le Défenseur des droits qui a relevé dans sa décision du 8 février 2018¹⁴ que le placement en rétention administrative des mineurs était bien souvent dicté par des considérations purement administratives :

« La multiplication des placements en rétention de familles avec enfants semble avoir été dictée essentiellement par des considérations administratives selon lesquelles il est plus facile de reconduire des personnes retenues de façon contrainte (accès facilité aux vols réservés...) ».

Des mineurs sont ainsi placés en centre de rétention administrative sans que le comportement de leurs familles n'ait justifié une quelconque mesure d'enfermement, et ceci alors que des mesures d'assignation à résidence ou en résidence hôtelière étaient parfaitement envisageables.

Cette pratique, en ce qu'elle s'affranchit de l'examen de mesures moins coercitives, méconnaît radicalement les exigences issues de l'article 5 § 1.

4. La rétention des mineurs à des fins migratoires est fortement critiquée par les plus hautes instances internationales de défense des droits humains. Les conclusions du rapport publié en septembre 2012 du Comité pour les droits de l'Enfant des Nations Unies « Les droits de tous les enfants dans le contexte de la migration internationale »¹⁵ condamnent ouvertement le recours à la rétention :

78. Children should not be criminalized or subject to punitive measures because of their or their parents' migration status. The detention of a child because of their or their parent's migration status constitutes a child rights violation and always contravenes the principle of the best interests of the child. In this light, States should expeditiously and completely cease the detention of children on the basis of their immigration status.

Les enfants ne devraient pas faire l'objet de procédures pénales ou sujet de mesures punitives en raison du statut migratoire de leurs parents. La détention d'un enfant en raison du statut migratoire de ses parents constitue une violation des droits de l'enfant et méconnaît toujours le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. A la lumière de celui-ci, les Etats devraient rapidement et complètement cesser la détention des enfants sur la base de leur statut migratoire.

La Résolution 2020 (2014)¹⁶ de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe considère que les enfants isolés ne devraient jamais être détenus et que la détention des enfants en raison du statut migratoire de leurs parents est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une violation des droits de l'enfant. L'Assemblée parlementaire a appelé les Etats membres du Conseil de l'Europe à introduire une législation qui interdise la détention des mineurs pour des motifs migratoires et assurer que cette législation soit effectivement appliquée.

Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a envoyé une lettre aux Etats membres du Conseil de l'Europe le 2 mars 2016¹⁷ les enjoignant de faire tous les efforts pour mettre un terme au placement en rétention des mineurs, en y joignant un document¹⁸ proposant un ensemble de mesures prioritaires.

En effet, par application combiné des articles 3 et 22 de la Convention Internationale sur les Droits de l'Enfant (CIDE), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les actions qui affectent les enfants. La rétention des mineurs n'est jamais décidée dans leur intérêt supérieur et l'unité familiale ne doit jamais servir de justification à la privation de liberté d'enfants accompagnés par leurs parents.

5. L'on peut s'interroger sur la comptabilité de la loi française avec le droit de l'Union européenne également. En particulier, dans le 3ème cas envisagé par la loi, la justification du placement en rétention n'est pas en lien avec un risque avéré de soustraction de l'étranger mais répondrait (selon le gouvernement et le législateur de 2018) directement à l'intérêt du mineur concerné : il viserait à éviter des contraintes de

¹⁴ https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_2018-045_du_defenseur_des_droits_.pdf

¹⁵ https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion2012/2012CRC_DGD-Childrens_Rights_InternationalMigration.pdf

¹⁶ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=21295&lang=FR>

¹⁷ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a5bff>

¹⁸ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c5eda

transfert en termes de durée et de conditions matérielles (interpellations de très bonne heure et long déplacement routiers jusqu'aux aéroports).

Si des enfants sont privés de liberté au-delà de 48h cela correspondrait à des situations de refus d'embarquer ou en raison de demandes de dernière heure (demande d'asile, protection pour raison de santé). Or, justement, alors que le texte du nouvel article L.551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile exige que « *la durée du placement en rétention est la plus brève possible, eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ* », les familles privées de liberté au-delà de 48h ne font nullement l'objet d'une assignation à résidence ou autre mesure moins coercitive, mais demeurent privées de liberté, ce qui en soit constitue une sanction à l'exercice de recours en justice ou de demandes de protection internationale.

Ce faisant, le législateur français a méconnu les dispositions de la directive 2008/115 CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. En effet, l'article 15.1 de la directive stipule :

*À moins que d'autres mesures suffisantes, **mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier**, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :*

il existe un risque de fuite, ou

le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Le nouvel article L.551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est en quelque sorte une licence pour priver de liberté des enfants étrangers lorsque l'administration estime pouvoir éloigner rapidement les adultes qui les accompagnent. Cette disposition législative est donc très dangereuse.

Ce constat d'incompatibilité résulte particulièrement, en ce qui concerne la rétention des enfants, la directive indique dans son considérant 22 :

*Conformément à la convention des Nations unies de 1989 relative aux droits de l'enfant, l'«**intérêt supérieur de l'enfant**» devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive. Conformément à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la vie familiale devrait constituer une considération primordiale pour les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive.*

et dans son article 5 *Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé*

Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte:

a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,

b) de la vie familiale,

c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement

et à son article 17 :*Rétention des mineurs et des familles*

*1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention **qu'en dernier ressort** et pour la période appropriée la plus brève possible.*

6. A la lumière de ces observations, il peut être conclu que lorsqu'elle est fondée sur le 3° du III bis de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, **la rétention de l'enfant est nécessairement irrégulière au sens de l'article 5 § 1 f) de la convention**. Et que lorsqu'elle est fondée sur les 1° et 2° du III bis de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, **la rétention de l'enfant est irrégulière au sens de l'article 5 § 1 f) de la convention**, y compris

lorsqu'il est expressément démontré et établi qu'aucune mesure moins coercitive ne pouvait permettre l'éloignement.

C Sur l'article 5 § 4 de la Convention :

1. L'article 5 § 4 de la Convention prévoit que toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

La Cour a conclu que le placement de familles accompagnées d'enfants en centre de rétention administrative conduisait à la violation de l'article 5 § 4 puisque si les parents ont eu la possibilité de faire examiner la légalité de leur détention devant les juridictions françaises, les enfants accompagnants leurs parents s'étaient, à l'inverse, trouvés dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer eux-mêmes un tel recours, de sorte que le juge des libertés et de la détention n'avait ainsi pas pu se prononcer sur la légalité de leur présence en centre de rétention administrative (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07).

La Cour a ensuite légèrement infléchi sa jurisprudence en retenant que le placement ne conduisait pas à la violation de l'article 5 § 4 lorsque, à l'occasion des voies de recours qui s'offrent aux parents, les juges internes tiennent compte de la situation particulière de l'enfant (i) et contrôlent le respect par l'administration de son obligation de rechercher des mesures alternatives à la rétention (ii) (CEDH, 12 juillet 2016, *R. M. c. France*, n° 33201/11 ; CEDH, 12 juillet 2016, *A. B. c. France*, n° 11593/12). A l'inverse, la violation de l'article 5 § 4 est acquise si le juge n'a pas tenu compte de la situation particulière de l'enfant ou s'il n'a pas statué sur l'existence de mesures alternatives au placement. Compte tenu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation en ce qui concerne la privation de liberté des enfants (Cassation chambre civile 1, 30 avril 2014, 13-11589), il n'est pas exigé des juges qu'ils recherchent systématiquement si une mesure alternative à la rétention est possible.

Il est donc nécessaire de constater que l'état du droit français actuel conduit à des violations systématiques de l'article 5 § 4 de la Convention et qu'il convient d'obliger la France à modifier sa législation de façon à ce qu'il appartienne au législateur et non au juge, d'assurer le droit au recours des mineurs.

2. Le contentieux de la rétention administrative a été reconfiguré à la suite de l'adoption de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016.

Le contrôle de la légalité de l'arrêté préfectoral de placement, qui relevait jusqu'alors du juge administratif, a été transféré au juge judiciaire qui se prononce désormais uniquement sur la « régularité du placement » et non sur sa légalité.

Le séquençage a également été modifié, puisqu'au-delà de 48 heures de placement, il appartient au juge des libertés et de la détention de statuer sur la prolongation de la rétention pour une durée maximale de 28 jours. Une deuxième prolongation de la rétention pouvait encore être accordée par le même juge pour une durée maximale de 15 jours (articles L. 552-1 et L. 552-7 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

Précision faite que depuis le 1^{er} janvier 2019, le séquençage de la rétention administrative est le suivant : le placement initial en rétention est décidé par le préfet, pour une durée ne pouvant excéder 48 heures ; la première prolongation de la rétention, au-delà de 48 heures, ne peut être autorisée que par l'autorité judiciaire, saisie par l'autorité administrative, pour une durée ne pouvant excéder 28 jours ; une deuxième prolongation peut, en outre, être autorisée pour 30 jours ; enfin, deux prolongations supplémentaires de 15 jours chacune sont prévues.

3. Bien que la Cour ait déploré, par son arrêt dit « Popov », les lacunes du système français qui n'offrait au mineur aucun recours, le législateur n'a pas entendu y remédier et le vide juridique décelé par la Cour conserve en conséquence toute son actualité.

Dans la mesure où l'article L. 511-4 du code de l'entrée et du séjour prévoit que les mineurs ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement, ils ne peuvent pas plus faire l'objet d'un arrêté de placement en

rétenion administrative pris pour la mise en œuvre de la mesure d'éloignement. Faute de pouvoir faire l'objet d'un tel arrêté, les mineurs ne disposent en conséquence d'aucun moyen de contester leur placement devant un juge.

Ce n'est qu'au nom du principe du maintien des enfants mineurs auprès d'adultes retenus (sans qu'il soit exigé que ces adultes soient leurs parents ou qu'ils exercent l'autorité parentale sur ces enfants) qu'ils se trouvent eux-mêmes placés en rétention en tant qu'« accompagnants », et à cet égard, le juge considère que la circonstance que des enfants mineurs accompagnant leurs parents puissent être pris en charge dans des centres de rétention n'est pas de nature à révéler l'existence d'une mesure non formalisée qui, au-delà de l'arrêté concernant les parents, déciderait distinctement du placement en rétention des enfants (CAA Paris, 31 décembre 2012, n° 11PA04917).

Par ailleurs, le juge des libertés et de la détention considère que le mineur retenu en qualité d'accompagnateur ne peut se porter intervenant volontaire à l'instance de prolongation de la rétention de son parent (CA Toulouse, 24 février 2012, n° 55/02012).

En d'autres termes, la loi française prévoit le placement en rétention des mineurs accompagnés par des adultes dont il n'est pas exigé qu'ils soient leurs parents ou qu'ils exercent l'autorité parentale sur ces mineurs, sans toutefois instituer une quelconque voie de recours qui permettrait de contester le placement du mineur en centre de rétention administrative.

4. En pratique, lorsque le juge des libertés et de la détention se prononce sur la régularité et la prolongation du placement en rétention des adultes accompagnés de mineurs, il ne tient pas nécessairement compte de la situation particulière de l'enfant, et ne contrôle pas plus le respect par l'administration de son obligation de rechercher des mesures alternatives à la rétention.

Tout au plus, il se limite à rechercher si le retenu dispose de l'original de son document de voyage en cours de validité et d'une adresse connue pour se prononcer sur l'assignation à résidence, sans se prononcer sur l'existence d'une autre mesure alternative (surveillance électronique ou assignation en résidence hôtelière) ; et dès lors qu'il relève que l'étranger a méconnu les prescriptions de son assignation à résidence ou qu'il s'est soustrait à la mise en œuvre de son éloignement, le juge confirme *ipso facto* le placement ou le maintien en rétention, sans tenir compte de la présence ou des intérêts des enfants mineurs accompagnateurs (CA Metz, 7 juin 2017, n° 17/00336 ; CA Paris, 7 septembre 2017, 17/03888).

Enfin, lorsqu'il entend tenir compte de la présence des enfants mineurs, il est fréquent que l'autorité judiciaire refuse de se prononcer sur le sort des enfants et délègue cette tâche au médecin du centre de rétention alors chargé de statuer sur la compatibilité de l'état de santé de l'enfant avec le placement en rétention. Dans ce cas de figure, la prise en compte de la situation de l'enfant est réduite à un constat médical qui ne porte pas sur la vulnérabilité de l'enfant et les conséquences résultant du placement en rétention, mais qui se limite au constat de la compatibilité de l'état de santé de l'enfant avec son placement en rétention.

5. En ce qu'elle ne prévoit aucune procédure effective au travers de laquelle le mineur peut contester la légalité de sa rétention, la loi française ne méconnaît l'article 5 § 4 de la Convention.

D Sur l'article 8 de la Convention :

1. L'article 8 de la Convention consacre le droit au respect de la vie privée et familiale et la violation de ces dispositions n'est acquise que si, outre l'ingérence dans le droit à mener une vie familiale normale, l'une des deux conditions alternatives posée par le paragraphe 2 est réunie : la mesure ne répond pas à un but légitime (i), la mesure n'est pas proportionnée (ii).

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que le placement en rétention administrative d'une famille s'analyse nécessairement pour un mineur comme une ingérence dans son droit à mener une vie familiale normale (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07, §§ 140-141 ; 147). Si la Cour estime que la lutte contre l'immigration clandestine constitue un « but légitime », l'examen du caractère proportionné de l'ingérence implique, pour sa part, de rechercher si la mesure était justifiée par le risque particulier de fuite nécessitant la détention (i), de l'absence d'alternative à la détention (ii) et de la mise en œuvre rapide de la

mesure d'expulsion pour limiter le temps d'enfermement (iii), de sorte que son appréciation varie selon les circonstances de l'espèce (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07).

(i) Le risque de fuite est apprécié très restrictivement et le seul fait de ne pas disposer de documents de voyage en cours de validité ou d'adresse stable ne saurait caractériser un risque de fuite (CEDH, 12 juillet 2016, *A.B. c. France*, n° 11593/12 § 154), pas plus que le refus d'embarquer dès lors qu'il ne révèle simplement la volonté de se maintenir sur le territoire français sans toutefois révéler la volonté de se soustraire aux autorités (CEDH, 12 juillet 2016, *R. K. c. France*, n° 68264/14 § 115). Le placement en rétention doit, en définitive, être justifié par un besoin social impérieux (CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07 § 138).

(ii) Les autorités doivent ensuite démontrer avoir recherché une alternative à la détention, laquelle doit constituer une mesure prise en dernier ressort (CEDH, 10 avril 2018, *Bistieva et autres c. Pologne*, n° 75157/14 § 87).

(iii) Enfin, la Cour a jugé l'exigence de célérité insatisfaite lorsque les intéressés sont maintenus en rétention pendant 15 jours sans qu'aucun vol ne soit organisé et sans que des laissez-passer consulaires ne soient obtenus (CEDH, 12 juillet 2016, *A.B. c. France*, n° 11593/12 § 116 ;155) ou lorsque les autorités ne remettent pas directement en liberté l'intéressé nonobstant le souhait exprimé en ce sens par la Cour saisi d'une demande de mesure provisoire (CEDH, 12 juillet 2016, *R.K. c. France*, n° 68264/14 § 116).

Ce n'est que lorsque ces trois critères sont satisfaits que la mesure sera regardée comme étant proportionnée.

2. La loi française autorise le placement du mineur accompagné en centre de rétention administrative dans les trois hypothèses de l'article L. 551-1 précité, lesquelles ont en commun de ne pas subordonner le placement aux conditions dégagées par la jurisprudence de la Cour.

La première hypothèse autorise le placement dès lors que l'une des prescriptions d'une mesure assignation à résidence n'a pas été respectée, sans toutefois imposer à l'autorité administrative de rechercher si des alternatives à la rétention sont envisageables. La seconde hypothèse autorise le placement si l'intéressé a opposé un refus à une précédente mesure d'éloignement, ceci alors qu'il résulte de ce qui précède que la volonté de ne pas déférer à la mesure d'éloignement ne peut être en soi caractériser un risque de fuite. Précision faite en outre que, là encore, le texte n'impose pas à l'autorité administrative de rechercher si des alternatives à la rétention sont envisageables. Enfin, la troisième hypothèse autorise le placement de mineurs accompagnants en centre de rétention administrative, en l'absence de tout risque de fuite, par commodité pour l'autorité administrative pour les nécessités du transfert.

La circonstance, déjà relevée par la Cour, que la France figure parmi les seuls pays européens qui recourent systématiquement à la rétention de mineurs accompagnés, révèle là encore que ce placement n'est pas strictement nécessaire.

Enfin, aucune durée maximale du placement n'étant prévue par la loi, celui-ci s'effectue dans les conditions de droit commun et peut en conséquence être porté à 90 jours (anciennement 45 jours jusqu'au 31 décembre 2018).

3. En pratique, et ainsi qu'il a été démontré (cf. III B] point 3), le placement des mineurs en rétention est généralement décidé pour des raisons d'organisation ou de commodité afin de faciliter le travail de l'administration en vue de procéder à l'éloignement des familles.

Tant la décision du 8 février 2018 du Défenseur des droits que l'avis du 9 mai 2018 du contrôleur général des lieux de privation de liberté révèlent que le placement en rétention des mineurs accompagnés est essentiellement dicté par des considérations administratives : des mineurs sont placés en centre de rétention administrative sans que le comportement des intéressés n'ait justifié une quelconque mesure d'enfermement, et ceci alors que des mesures d'assignation à résidence ou en résidence hôtelière étaient parfaitement envisageables.

Compte tenu de ce qui précède, **l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas nécessaire au sens de l'article 8 § 2 de la Convention** dès lors que la loi française ne subordonne pas le placement à la recherche d'alternative au placement, que le placement n'est pas soumis à une durée limitée et que, plus encore, en pratique il répond essentiellement à des raisons d'organisation et de commodité pour les autorités chargées de l'éloignement.