

Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants

Droits des enfants étrangers (Mayotte)

Camille Escuillié



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1067>

DOI : 10.4000/revdh.1067

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Camille Escuillié, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 27 février 2015, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1067> ; DOI : 10.4000/revdh.1067

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants

Droits des enfants étrangers (Mayotte)

Camille Escuillié

- 1 L'île de Mayotte fait constamment figure de lanterne rouge en matière de droit des étrangers. Région ultra-périphérique de l'Union européenne depuis le 1^{er} janvier 2014, sa situation géographique et son histoire sont fréquemment invoquées par les gouvernements successifs pour justifier un droit applicable sensiblement différent du droit métropolitain ainsi qu'une gestion particulière de l'immigration, et ce alors même que dans les affaires De Souza Ribeiro¹ et Hirsi Jamaa², la Cour européenne des droits de l'homme a expressément écarté une telle justification. Malgré les avertissements lancés par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt Popov³, la catégorie des mineurs étrangers n'échappe pas à ce système dérogatoire et est soumise à **des pratiques de l'administration destinées à les éloigner à tout prix**, et ce en dépit de la protection légale dont ils bénéficient contre toute mesure d'éloignement dès lors qu'ils n'accompagnent pas un représentant légal.
- 2 A Mayotte, quotidiennement, des dizaines de mineurs non accompagnés interpellés dans l'Océan Indien⁴ sont placés en centre de rétention sans aucune base légale autre qu'une mention sur le registre du centre. Ils sont par la suite tout aussi illégalement éloignés du territoire sans aucun adulte accompagnant, si ce n'est par un rattachement fictif décidé par la Police aux frontières, en totale contradiction avec les dispositions de l'article L-511-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.
- 3 D'ordinaire, comme l'a admis le Conseil d'Etat en 2006⁵, les mineurs sont éloignés en tant qu'accompagnants – pour ne pas dire bagages – de leurs parents, eux-mêmes sous le coup d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF). Cette pratique est déjà critiquable dans la mesure où il n'existe pas de base légale à la privation de liberté de

l'enfant et de contrôle juridictionnel satisfaisant sur celle-ci comme l'a constaté la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Popov⁶.

- 4 **S'agissant des mineurs isolés, leur éloignement – et par suite leur placement en rétention – est purement et simplement prohibé par la loi française** (sauf en cas de refus d'entrée sur le territoire et placement en zone d'attente). Afin de contourner cette protection légale offerte par l'article L.511-4 du CESEDA⁷, la police aux frontières de Mayotte a développé depuis près de dix ans des pratiques illégales comprenant notamment **le rattachement fictif d'un mineur étranger isolés à un tiers intercepté dans la kwassa-kwassa** et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement afin de justifier un placement en centre de rétention ainsi qu'un éloignement. Une telle pratique permet de ne faire bénéficier à ces mineurs ni du régime de protection contre les éloignements, ni des dispositions qui leur seraient favorables s'ils étaient considérés comme mineurs isolés. En outre, **l'administration ne prend pas en compte la présence régulière de parents du mineur sur l'île mahoraise**, au détriment des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et renvoie vers un hypothétique regroupement familial alors même que la majeure partie des étrangers résidant sur l'île ne peuvent matériellement remplir les conditions de celui-ci⁸.
- 5 Loin d'être anecdotique, cette technique est constamment utilisée par l'administration et a été relevée de longue date par plusieurs rapports d'autorités administratives indépendantes (Défenseur des enfants, CNDS, Défenseur des droits)⁹ et des associations de défense des étrangers¹⁰.
- 6 **La décision du 9 janvier 2015 rendue par le juge des référés du Conseil d'Etat conduit à préciser une série de principes et d'obligations déjà esquissés par une ordonnance du 25 octobre 2014**¹¹. Ces précisions sont bienvenues dans un contexte particulier alimenté par des crispations autour d'une « *pression migratoire fantasmée* »¹². Mais il est vrai que sur l'île de Mayotte se trouvent plus de 3000 mineurs isolés étrangers dans un grand dénuement et sans réelle prise en charge¹³. Pour justifier ces pratiques, les autorités françaises avancent donc constamment le risque « d'appel d'air » si tout enfant isolé entré illégalement à Mayotte bénéficiait, comme en Métropole, d'une protection absolue contre l'éloignement.
- 7 Fondant expressément sa décision sur « *l'attention primordiale qui doit être accordée à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions le concernant, en vertu de l'article 3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 ; que doit également être assuré le respect effectif des droits et libertés fondamentaux de l'enfant mineur* », le juge des référés précise qu'« *au nombre des exigences permettant d'en garantir l'effectivité figure notamment l'obligation, posée par l'article L.553-1 que le registre qui doit être tenu dans tous les lieux recevant des personnes placées ou maintenues en rétention mentionne également l'état civil des enfants mineurs accompagnant ces personnes ainsi que les conditions de leur accueil.* ».
- 8 Si une première lecture de cette décision peut apparaître comme positive et protectrice des mineurs isolés, en apportant des précisions bienvenues à des pratiques préfectorales affranchies jusque là de tout encadrement (1°), ces mêmes pratiques ainsi que les décisions des juridictions administratives soulèvent de graves incertitudes à la fois sur l'apport et sur l'effectivité de cette ordonnance (2°). Une étude approfondie de cette décision amène à considérer qu'elle peut fonder le renvoi des mineurs isolés, sans leur apporter les garanties d'un retour légal sur le territoire français.

- 9 En effet, outre l'absence de recours juridictionnel suspensif à Mayotte qui permet le renvoi des mineurs sans avoir bénéficié de recours effectif, il est par la suite impossible de les faire revenir légalement dans le cadre de la procédure de regroupement familial dans la mesure où les parents ne peuvent matériellement remplir les conditions de celui-ci. Il est ainsi regrettable que le Conseil d'Etat ne se soit pas emparé des véritables problématiques inhérentes à la situation de Mayotte.

1°/- Une esquisse d'encadrement des pratiques de rattachement fictif des mineurs non accompagnés à Mayotte

- 10 Les garanties apportées par le juge des référés du Conseil d'Etat sont particulièrement bienvenues tant l'administration semble s'affranchir de tout examen sérieux de la situation personnelle et familiale des mineurs non accompagnés et de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant afin de les éloigner le plus rapidement possible de Mayotte. Cette ordonnance s'inscrit dans une succession d'affaires similaires portées devant le Conseil d'Etat depuis plusieurs années, à la fois par les avocats et les associations de défense des étrangers, et soutenues par le Défenseur des droits dans des observations (A). Elle est aussi l'occasion pour ce juge de préciser la portée de sa jurisprudence (B).

A – Du refus de contrôle à l'esquisse d'un régime de protection à l'encontre des mineurs étrangers

- 11 Ces dernières années, par deux fois, la haute juridiction a pu être saisie dans des affaires similaires, dans lesquelles des enfants avaient fait l'objet d'un rattachement arbitraire à un tiers, aux fins de fonder leur placement en centre de rétention administrative et leur éloignement. Ces affaires avaient été soutenues par plusieurs acteurs associatifs, à l'exemple de la CIMADE et du GISTI ainsi que par le Défenseur des droits.
- 12 Une première ordonnance du 10 décembre 2013 avait rejeté la requête. En l'espèce, deux enfants âgés de trois et cinq ans avaient été placés dans une embarcation de fortune, laquelle avait été interceptée par les autorités françaises. Afin de permettre leur placement en centre de rétention ainsi que leur éloignement, les deux mineurs avaient été rattachés à un adulte, sans que leur lien avec lui ne soit vérifié par l'administration. La circonstance que leur père résidait en situation régulière à Mayotte et avait produit les documents d'état-civil permettant d'établir leur lien de filiation n'avait pas non plus été prise en compte. En première instance, saisi en référé-liberté peu avant l'éloignement des enfants, le tribunal administratif avait mis quatre jours pour rendre son ordonnance et avait constaté que même si la procédure d'éloignement était « *manifestement illégale* », la requête devait être rejetée au motif qu'il n'y avait plus d'urgence à suspendre la mesure puisque les enfants avaient déjà été éloignés. Malgré l'illégalité manifeste du renvoi, il ne prononça aucune injonction pour assurer de faire revenir les enfants malgré leur isolement¹⁴.
- 13 En appel, le juge des référés du Conseil d'Etat confirma cette ordonnance en estimant d'une part que dans la mesure où « *le délai de quarante-huit heures prévu par l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est pas prescrit au juge des référés à peine d'irrégularité* »,

celui-ci avait pu valablement rendre « le lundi 18 novembre » une ordonnance de rejet pour défaut d'urgence sur une requête introduite « dans la journée du jeudi 14 novembre » (cons. 5) et ce alors même qu'il n'existe toujours pas de recours suspensif à Mayotte en infraction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autre part et surtout, il s'était appuyé sur le fait qu'il appartenait au requérant d'entamer une procédure de regroupement familial afin de faire venir ses enfants sur le territoire français (et ce alors même qu'à cette date il n'existait pas formellement de procédure de regroupement familial à Mayotte). Dans le même temps, le juge des référés s'était retranché derrière la promesse de l'administration de procéder à un examen d'une demande de regroupement familial dans les meilleurs délais (cons. 7)¹⁵. **Tout questionnement relatif au placement de mineurs en centre de rétention et leur rattachement fictif à des adultes sans lien avec eux avait ainsi été écarté par le Conseil d'Etat, marquant la réticence du juge des référés à s'interroger sur ces problématiques.**

- 14 Plus d'un an après cette ordonnance, malgré les « promesses » de l'administration et même si le regroupement familial a été formellement autorisé, les enfants ne sont toujours pas revenus à Mayotte... En tout état de cause, la Cour européenne des droits de l'homme est appelée à se prononcer sur cette affaire, car une requête – non encore communiquée à ce jour – a été introduite le 17 janvier 2014¹⁶.
- 15 Quoiqu'il en soit, le ton commença à changer lors de la deuxième affaire, portée à la connaissance du Conseil d'Etat en octobre 2014 et par ordonnance rendue par Mattias Guyomar. Les faits relatifs à l'espèce étaient similaires et concernaient une très jeune mineure de cinq ans. Par une ordonnance du 25 octobre 2014, mentionnée aux tables, le Conseil d'Etat a dégagé **des garanties particulières attachées à l'éloignement forcé du mineur étranger non accompagné afin d'assurer « le respect effectif de ses droits et libertés fondamentaux »**. Selon les termes de cette ordonnance, afin de garantir leur effectivité « *figure notamment l'obligation, posée par l'article L. 553-1 [depuis la loi « Besson » du 16 juin 2011], que le registre qui doit être tenu dans tous les lieux recevant des personnes placées ou maintenues en rétention, mentionne " l'état-civil des enfants mineurs [...] ainsi que les conditions de leur accueil" »*. Par suite, il estime que « *l'autorité administrative doit s'attacher à vérifier, dans toute la mesure du possible, l'identité d'un étranger mineur placé en rétention et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement forcé par voie de conséquence de celle ordonnée à l'encontre de la personne qu'il accompagne ainsi que la nature exacte des liens qu'il entretient avec cette dernière »*¹⁷.
- 16 Il s'agit d'une première décision positive en ce qu'elle conclut à l'annulation de l'ordonnance du tribunal administratif du 8 octobre 2014 et instaure un corpus de garanties à mettre en œuvre par l'administration pour vérifier l'identité du mineur et la réalité de son lien de rattachement à un adulte. Elle semblait vouloir mettre un terme à cette pratique manifestement illégale de rattachement fictif des mineurs à des tiers.
- 17 Dans le même temps, les garanties particulières dégagées par le Conseil d'Etat portaient exclusivement sur « *l'effectivité des droits et libertés fondamentaux* », notamment illustrées par l'obligation de vérifier l'identité de l'enfant ainsi que la nature des liens avec l'adulte auquel il était rattaché. **Etrangement, l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il est garanti par la Convention internationale des droits de l'enfant, n'était pas évoqué.** On sait pourtant que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'aune de l'article 8 de la CEDH, la prise en compte de cet intérêt est central dans l'examen de la conventionalité d'une mesure d'éloignement. C'est sur ce fondement que

la Cour a condamné la France pour ne pas avoir envisagé des mesures alternatives à la rétention dans l'affaire Popov avant le placement de la famille en rétention.

- 18 Force est de constater que ces garanties ne furent absolument pas mise en œuvre par l'administration, puisque le Conseil d'Etat fut à nouveau saisi fin 2014.

B – Des garanties particulières animées par l'effectivité des droits et libertés fondamentaux et l'intérêt supérieur de l'enfant

- 19 Dans son ordonnance du 9 janvier 2015, le Conseil d'Etat enrichit l'argumentaire utilisé dans sa décision d'octobre 2014. En effet, le juge des référés ne se contente pas de reprendre simplement la motivation de sa dernière ordonnance. S'il rappelle l'existence de « *garanties particulières* » devant entourer une mesure d'éloignement forcé, **il donne une coloration différente à cette notion en la fondant, cette fois, sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par la Convention internationale sur les droits de l'enfant**. L'intérêt supérieur de l'enfant sous-tend cette notion de garanties particulières, ce qui permet de replacer cette notion au cœur du débat juridique.
- 20 Cela n'est pas sans importance car **en l'espèce, la requête avait été introduite au nom d'un ressortissant comorien âgé de huit ans**. Alors qu'il résidait à Grande Comores avec sa grand-mère depuis plusieurs années, il se trouve isolé suite au décès de sa grand-mère. Ses parents installés à Mayotte depuis plusieurs années et tous deux titulaires d'un titre de séjour¹⁸ ont dès lors cherché à le faire venir. Après avoir en vain tenté d'obtenir un visa pour leur fils au titre d'un rapprochement familial – il leur aurait été répondu oralement qu'ils ne remplissent pas les conditions légales leur permettant de bénéficier d'une procédure de regroupement familial – ils ont alors pris le parti, comme cela est fréquent face à l'impossibilité de faire venir légalement un enfant à Mayotte et compte tenu de l'isolement de l'enfant aux Comores, de le faire traverser les 70 kms d'Océan Indien par *kwassa*. L'enfant est donc placé dans une embarcation de fortune, aux côtés d'un adulte migrant. Ce dernier aurait accepté d'accompagner le jeune mineur le temps de la traversée contre une remise du passeur sur le prix du voyage.
- 21 Comme la plupart de ces traversées, lorsqu'elles ne chavirent pas¹⁹, l'embarcation est interceptée par les autorités françaises à proximité des côtes mahoraises²⁰, et les passagers sont introduits sur le territoire français par la Police aux frontières (sans faire l'objet d'un refus d'entrée et d'un placement en zone d'attente, comme le prévoit les textes, faute de zone d'attente) et font immédiatement l'objet d'une mesure d'éloignement et d'un placement en rétention en attendant d'être renvoyés vers les Comores, (souvent dans les 24 heures). Sans réel examen de sa situation personnelle et familiale, ni de son état civil, alors même qu'un acte d'état civil se trouvait dans son sac, l'enfant fut rattaché à l'adulte accompagnant par l'autorité préfectorale afin de justifier un placement en centre de rétention ainsi que d'un éloignement.
- 22 Ce rattachement fictif fut contesté par l'adulte, ainsi que par la mère de l'enfant. Cette dernière, une fois avertie du placement en centre de rétention de son fils par la Cimade, s'était présentée à l'administration, munie de tous les documents justifiant de l'identité de l'enfant ainsi que de son lien de filiation avec elle. Faute de recours suspensif d'une mesure d'éloignement²¹, la mère de l'enfant saisit le juge des référés du TA de Mayotte en sa qualité de représentante légale, d'un référé-liberté, afin de contester les décisions portant placement en centre de rétention et obligation de quitter le territoire français

prises à l'encontre de son fils. Elle invoqua notamment à l'appui de sa demande une violation des articles 3, 8, seuls et combinés avec l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que de l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

- 23 Sa requête a néanmoins été rejetée par le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte **sur le fondement d'une argumentation pour le moins ubuesque reposant sur l'idée que l'administration aurait désigné comme « délégataire de fait [...] de la délégation parentale » l'adulte choisi par le passeur dans la kwassa pour « accompagner » l'enfant**²². Qui plus est, l'enfant a été éloigné vers l'île d'Anjouan, alors qu'il était originaire de l'île de Grande Comores, se retrouvant totalement isolé lors de son débarquement par les autorités de police, dans l'indifférence des autorités françaises.
- 24 Saisi en appel, le Conseil d'Etat a donc rappelé dans son ordonnance du 9 janvier 2015, l'obligation pour l'administration d'entourer le placement en centre de rétention ainsi que l'édition d'une mesure d'éloignement à l'encontre d'un mineur, de garanties particulières afin d'assurer l'effectivité des droits et libertés fondamentaux.
- 25 Ce souci d'assurer l'effectivité des droits et libertés fondamentaux du mineur est **assorti d'une triple obligation positive à l'encontre de l'administration**, dans un objectif de limitation des éloignements forcés des mineurs étrangers non accompagnés. L'administration doit d'une part vérifier l'identité du mineur étranger, d'autre part la nature exacte des liens qu'il entretient avec la personne à laquelle il a été rattaché ainsi que les conditions de sa prise en charge dans son pays d'origine.
- 26 **S'agissant de la première obligation**, le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé en octobre 2014 sur l'obligation de rechercher l'identité de l'enfant, notamment afin de prévenir son éloignement alors que ses parents sont sur le territoire français. En l'espèce, le mineur était en possession d'une pièce d'identité. En outre, comme le juge des référés le relève dans son ordonnance *« l'administration a eu connaissance au plus tard dans le cadre des échanges contradictoires qui se sont déroulés au cours de la procédure devant le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte tant de l'identité exacte du jeune mineur que de son lien de filiation avec la requérante »*.
- 27 **S'agissant de la seconde obligation**, le juge des référés fait clairement application de la jurisprudence de Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Rahimi c. Grèce, *« que le lien de parenté entre N.M. et le requérant a été établie par les autorités compétentes au travers d'une procédure aléatoire qui n'était entourée d'aucune garantie permettant de conclure que celui-ci était de fait un mineur accompagné »*²³.
- 28 Enfin, **s'agissant de la troisième obligation** - celle de la vérification des conditions de la prise en charge du mineur, postérieurement à l'exécution de la mesure d'éloignement, il s'agit d'une condition nouvelle. Elle s'explique parfaitement par les faits de l'espèce. En effet, l'exécution de la mesure d'éloignement de l'enfant, âgé de huit ans, l'avait conduit sur l'île d'Anjouan, alors qu'il était originaire de Grande Comores. Le jeune mineur s'était retrouvé totalement isolé, sans que l'administration n'ait paru s'en préoccuper et vérifier qu'un proche puisse le prendre en charge à son arrivée.

*

- 29 Cette décision du juge des référés du Conseil d'Etat confirme donc la précédente ordonnance tout en élaborant un encadrement plus précis des pratiques préfectorales.

Cependant, les aspects positifs de l'ordonnance du 9 janvier 2015 ne doivent pas atténuer les interrogations quant à sa portée exacte à l'égard des mineurs comoriens venus rejoindre leurs parents à Mayotte.

*

2°/- De multiples incertitudes quant à la résolution réelle de la situation de ces mineurs rattachés artificiellement à des adultes accompagnants

- 30 Si, à première lecture, l'on pourrait se réjouir de la position du Conseil d'Etat, celle-ci est néanmoins loin de s'emparer des véritables enjeux relatifs à la situation des mineurs étrangers à Mayotte. D'une part, le juge des référés valide la technique du fait illégal accompli – le renvoi de mineurs protégés contre l'éloignement par un rattachement fictif à un adulte tiers – à défaut de condamnation franche du traitement réservé à ces mineurs par l'administration tout au long de la procédure (A). D'autre part, et surtout, l'effectivité de l'ordonnance pour assurer le retour des enfants s'avère très incertaine, faute d'injonction à assurer le retour et d'accès matériellement possible à une procédure de regroupement familial trop contraignante (B).

A - Un refus de condamner explicitement le sort réservé aux mineurs étrangers par les autorités françaises : L'occasion manquée du Conseil d'Etat

- 31 Dans l'arrêt *Popov c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a permis l'encadrement du placement en rétention des mineurs, à défaut d'en condamner véritablement le principe. Elle a en effet condamné la France sur les fondements des articles 3, 5§4 et 8 de la Convention pour la rétention de mineurs en Métropole²⁴. Si une certaine amélioration a été constatée en métropole, il en est autrement sur l'île de Mayotte, puisque plus de 3 500 enfants sont placés en centre de rétention chaque année, puis renvoyés, souvent en toute illégalité.
- 32 Dans sa décision du 9 janvier 2015, compte tenu du fait que l'enfant avait déjà été renvoyé lorsqu'il s'est prononcé en appel de référé-liberté, le Conseil d'Etat se refuse une fois de plus à examiner la légalité du placement en centre de rétention d'un mineur de huit ans, notamment à la lueur de l'article 3.1 de la CIDE et des articles 3, 5§4 et 8 de la CEDH. Force est de constater qu'aucune mesure alternative à la rétention n'avait été envisagée par les services de la préfecture, alors même que les parents résidaient régulièrement sur l'île et que l'administration était à même d'effectuer les vérifications nécessaires. Notons que la Cimade y est parvenue, et ce avec bien moins de moyens que la PAF de Mayotte.
- 33 Dans le même temps, et contre l'intérêt de l'enfant, le juge des référés confirme son raisonnement sur la possibilité d'éloigner des mineurs, dégagé dans sa précédente ordonnance du 25 octobre 2014 dès lors qu'il peut être rattaché à un adulte ayant des liens avec lui.
- 34 Pourtant, rappelons que les mineurs étrangers bénéficient d'une protection spéciale en matière d'éloignement. Ce faisant, ils ne peuvent faire l'objet d'aucune décision

individuelle et régulièrement notifiée leur portant obligation de quitter le territoire français et ordonnant leur placement en centre de rétention. Ce « vide juridique » a été expressément constaté par la Cour EDH dans l'arrêt Popov c. France (§124), entraînant une condamnation de la France pour violation de l'article 5§4 de la convention. Or, le Conseil d'Etat justifie la légalité d'un éloignement des mineurs sur les dispositions de l'article L.553-1 du CESEDA. Cet article, introduit par la loi du 16 juin 2011 postérieurement à l'arrêt Popov, impose dans tous les lieux recevant des personnes retenues la tenue d'un registre mentionnant leur état civil ainsi que les conditions de leur placement ou de leur maintien. Il précise également l'état civil des enfants mineurs accompagnant ces personnes ainsi que les conditions de leur accueil.

- 35 Le juge des référés semble donc considérer que cette disposition est suffisante pour constituer une base légale. Cette analyse permet ainsi non seulement le placement en centre de rétention mais également l'éloignement d'un mineur, par voie de conséquence de la mesure d'éloignement prise à l'encontre d'un adulte.
- 36 Or, une simple mention de l'état civil d'un enfant sur un registre ne peut suffire à constituer une base légale d'une privation de liberté qui se doit d'être circonstanciée en droit et en fait et motivée afin de permettre à une juridiction d'exercer un contrôle sur sa légalité et donc de respecter les prescriptions des articles 5§1 et 5§4 de la CEDH. Comme le souligne très justement Karine Parrot, la privation de liberté d'un mineur sans accès au juge constitue une violation catégorique de l'article 5§4 de la CEDH²⁵.
- 37 Certes, le juge des référés s'attache à imposer des garanties particulières pour permettre le placement en rétention ainsi que l'exécution d'une mesure d'éloignement. Mais ces garanties peuvent apparaître vidées de leur substance, à l'exemple de l'obligation pour l'administration de vérifier la nature exacte des liens entre le mineur et l'adulte.
- 38 A cet effet, il serait tentant d'analyser la décision du Conseil d'Etat comme étant la condamnation du rattachement fictif d'un mineur à un adulte migrant. Non seulement cet usage n'est pas explicitement remis en cause, mais l'ordonnance commentée paraît même le légitimer, sous couvert du respect de certaines garanties. En effet, l'obligation de vérifier la nature exacte des liens entre l'adulte et l'enfant, telle qu'elle est dégagée par le juge des référés, amène plusieurs remarques.
- 39 Tout d'abord, il convient de souligner que l'administration n'est débitrice que d'une obligation de moyens et non de résultat. Il s'agit pour elle de vérifier « *dans toute la mesure du possible* » la nature exacte des liens entre l'adulte et le mineur. L'administration devrait-elle faire la démarche de rechercher si l'enfant est apparenté à l'adulte ou se contentera-t-elle du témoignage de celui-ci comme ce fut le cas en l'espèce ?
- 40 Ensuite, le juge des référés est muet quant aux conséquences de cette obligation. La simple vérification du lien entre l'adulte et le mineur sera-t-elle suffisante pour respecter les garanties dégagées par le Conseil d'Etat ?
- 41 Enfin, l'on peut également s'interroger quant au degré d'exigence pour permettre le rattachement entre l'adulte et le mineur. De simples liens affectifs seront-ils suffisants ? Un lien familial, même distendu pourrait-il fonder le rattachement ? En l'espèce, l'enfant et l'adulte n'avaient aucun lien entre eux, tandis que les deux parents du mineur résidaient régulièrement sur le territoire français.
- 42 En réalité, il est à craindre que l'administration continue à avoir toute latitude pour apprécier quels liens seraient susceptibles de fonder un rattachement, et ainsi pouvoir éloigner des mineurs isolés et ce alors même qu'ils bénéficient d'une protection légale

contre l'éloignement²⁶. Dès lors, l'exigence de la vérification de la nature exacte des liens entre le mineur et l'adulte ne semble pas être un critère suffisamment précis pour prévenir d'éventuels abus de procédure.

- 43 Par ailleurs, on observera qu'en l'espèce, le juge des référés s'abstient d'évoquer directement la présence régulière des parents, lesquels se sont fait connaître immédiatement, comme pouvant être un critère à prendre en compte. Or, il aurait été souhaitable de dégager un cadre plus précis et plus protecteur des droits des mineurs étrangers, en s'intéressant à des notions telles que l'autorité parentale et la délégation de l'autorité parentale.
- 44 Dans son ordonnance du 19 décembre 2014, le tribunal administratif de Mayotte s'était notamment appuyé sur l'existence d'une délégation parentale « de fait ». Un tel raisonnement était particulièrement critiquable, puisqu'il revenait à considérer que le simple placement de l'enfant sur l'embarcation pendant le temps de la traversée avait fondé une délégation de l'autorité parentale, via l'entremise du passeur, au bénéfice de l'adulte accompagnant. Ce dernier était réputé avoir accepté cette délégation ainsi que les devoirs et obligations attachés à une telle mesure.
- 45 La délégation d'autorité parentale est soumise, tant en droit français qu'en droit comorien, à des exigences de procédure et de fond, eu égard aux lourdes conséquences juridiques qui en découlent. A titre d'exemple, l'article 111 du Code de la famille comorien prévoit ainsi le consentement des parties ainsi qu'un acte authentique devant notaire ou juge. Le Défenseur des Droits a ainsi fort justement rappelé dans ses observations que « conformément à l'article 373-3 du code civil, les autorités administratives françaises ne sont pas compétentes pour confier, unilatéralement des mineurs à un tiers qui ne détient pas manifestement l'autorité parentale sur eux ».
- 46 En s'emparant de cette question, le juge des référés aurait pu imposer à l'administration de vérifier l'existence d'une délégation d'autorité parentale conforme aux dispositions légales comoriennes pour fonder le rattachement d'un mineur à un adulte migrant. De même, la présence d'un ou des deux parents de l'enfant sur le territoire, titulaire(s) de l'autorité parentale, aurait pu être analysée comme un critère déterminant pour empêcher tout éloignement et placement en centre de rétention. La combinaison de ces deux conditions aurait ainsi permis d'assurer plus de sécurité aux mineurs étrangers, et de faire échec à tout rattachement en cas de présence d'un ou des deux parents sur le territoire français.
- 47 Le juge des référés aurait aussi pu s'intéresser aux conditions matérielles du retour du mineur puisque le simple fait pour un mineur en bas âge d'avoir subi un voyage sans être réellement accompagnée par un proche et avoir été débarqué par les autorités françaises à Anjouan sans plus d'égards ni prise en charge constitue à l'évidence un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH.
- 48 En tout état de cause, le juge des référés n'a pas pris le parti d'une telle analyse, sans doute par crainte d'un détournement de la procédure de regroupement familial et compte tenu du chiffon rouge de l'appel d'air agité tout le long de l'audience par la représentante du ministère de l'Intérieur.

B - Une décision sans portée effective faute d'un véritable accès à la procédure de regroupement familial

- 49 L'étude de cette ordonnance impose de s'interroger quant à la portée réelle de cette décision, dès lors que son effectivité n'est absolument pas garantie. En effet, la problématique de l'accès au regroupement familial est écartée par le Conseil d'Etat, bien qu'elle ait été portée à la connaissance du juge lors des débats et que la question de savoir si les parents remplissaient des conditions du regroupement familial ait occupé une large partie de l'audience²⁷.
- 50 Certes, l'ordonnance enjoint, sous astreinte, le préfet à statuer dans les quinze jours à compter de la réception d'un dossier complet de demande de regroupement familial. Or, cette injonction, même assortie d'une astreinte, ne peut avoir d'effets que sur les délais d'instruction d'une demande de regroupement familial.
- 51 Ce faisant, le juge des référés choisit d'ignorer deux difficultés inhérentes à la procédure de regroupement familial, qui font échec en pratique à toute décision favorable de la part des autorités préfectorales.
- 52 L'article L. 411-1 du CESEDA, applicable à Mayotte depuis mai 2014, prévoit la possibilité pour un ressortissant étranger en situation régulière de faire venir son conjoint et ses enfants mineurs sur le territoire français. Cette procédure est subordonnée à la réunion de différentes conditions, notamment de ressources et de logement. La situation des ressortissants étrangers sur l'île de Mayotte demeure extrêmement précaire, même lorsqu'ils sont admis au séjour²⁸. Leurs chances de remplir les conditions strictes du regroupement familial sont donc extrêmement minces, même si le décret du 23 mai 2014 prétend les avoir adaptées à la situation particulière de Mayotte.
- 53 D'ailleurs, dans cette affaire, saisi d'office compte tenu de l'injonction assortie d'astreinte prononcée par le juge des référés en appel sur le fondement de l'article R.931-6 du CJA, le délégué à l'exécution de section du rapport et des études est d'avis qu'en examinant la demande de regroupement familial dans le délai imparti la préfecture de Mayotte a exécuté de manière satisfaisante l'ordonnance. Cet avis a été suivi par le Président de la Section du Conseil d'Etat qui, dans une ordonnance du 23 février 2015, a estimé que, dans ces conditions, il n'y avait pas lieu d'ordonner l'exécution sous astreinte de l'ordonnance en date du 9 janvier.
- 54 Légalement il est donc impossible à l'enfant en question, pourtant illégalement renvoyé par les autorités française, de revenir à Mayotte dans le cadre du regroupement familial. Afin de pouvoir réunir la cellule familiale sur le territoire français, les parents de l'enfant n'ont eu d'autre choix que de faire revenir leur enfant en kwassa. à nouveau et rattaché fictivement à un tiers, l'enfant fut placé en centre de rétention, dans l'attente de l'exécution d'une nouvelle mesure d'éloignement.
- 55 Dans une ordonnance du 20 février 2015, le juge des référés du Tribunal administratif de Mayotte céda au bon sens, en suspendant l'arrêté préfectoral au visa de l'article 3-1 de la CIDE.
- 56 Ce dénouement heureux ne peut écarter les interrogations quant à l'intérêt de l'ordonnance du 9 janvier 2015, dès lors qu'il était certain que la famille était dans l'impossibilité de remplir les conditions posées par l'article L.411-1 du CESEDA. L'injonction prononcée par le juge des référés ne pouvait donc qu'être purement

symbolique et de nature à satisfaire les parties à l'instance, en particulier les représentants du gouvernement. La section du rapport et des études se contente par ailleurs d'une exécution purement objective de cette injonction, en soulignant que « *quel que soit le sens de la décision prise par le préfet, l'examen de la demande de regroupement familial de Madame M. a été effectuée dans le délai imparti par le juge des référés du Conseil d'Etat* ». ²⁹

- 57 Le retour illégal du jeune mineur était donc la seule solution offerte à ses parents pour qu'il ne soit plus dans une situation d'isolement et de précarité aux Comores. Force est de reconnaître que cette décision perd de sa pertinence, dès lors qu'elle a pour effet implicite d'imposer aux requérants de faire revenir illégalement leur enfant. L'on se retrouve dans une position quasi ubuesque de production d'un fait illégal, en réaction à l'ineffectivité de cette ordonnance au regard des stipulations de l'article 8 de la CEDH.
- 58 Au surplus, l'ineffectivité quasi-certaine de cette décision amène à s'interroger sur une autre problématique sous-jacente ; celle de l'absence de recours suspensif à Mayotte, issu du droit dérogatoire en vigueur en outre-mer. Dans un très récent rapport concernant la France, le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe s'est en effet inquiété de ce régime dérogatoire, d'autant que le projet de loi relatif au droit des étrangers ne prévoit pas l'extension du droit commun aux territoires ultramarins ³⁰.
- 59 Les ressortissants étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement sont privés de tout recours permettant de suspendre l'éloignement. Ils peuvent donc être éloignés avant l'expiration du délai de recours et l'audience du tribunal administratif. Dès lors, la pertinence d'un recours « classique » contre l'obligation de quitter le territoire français, audiencé dans les trois mois suivant le dépôt de la requête est quasi inexistante. Seule l'introduction d'un référé-suspension ou d'un référé-liberté peut être envisagée afin d'empêcher l'exécution de la mesure d'éloignement, à la condition de remplir les critères très stricts posés par les textes et sans pouvoir empêcher l'exécution de la mesure d'éloignement si elle est en cours. Pourtant, une décision de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme avait constaté la violation de l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne issue de l'absence de recours suspensif ouvert au requérant à l'encontre de la mesure d'éloignement dont il faisait l'objet ³¹.
- 60 Force est de constater que cette condamnation n'a pas incité le gouvernement français à en tirer les enseignements utiles. Il projette seulement, sur suggestion du Conseil d'Etat, dans le projet de loi relatif aux étrangers – qui sera adopté dans plusieurs mois – d'instaurer un référé-liberté suspensif de plein droit ³². Si cela ne peut que constituer une avancée, au regard de la situation actuelle, il n'en demeure pas moins que les requérants devront remplir les conditions restrictives du référé-liberté, privant de fait la majorité des personnes d'un recours suspensif.
- 61 Or, il est certain que seule l'existence d'un véritable recours suspensif aurait permis un examen approfondi de la situation de l'enfant en l'espèce (et de tous les autres mineurs) au regard de la mesure d'éloignement et du placement en centre de rétention, et, dès lors, aurait assuré une réelle effectivité de ses droits et libertés fondamentaux.
- 62 Cette affaire était prometteuse. En enrichissant son argumentation, le Conseil d'Etat semblait avoir pris conscience de la nécessité d'encadrer les pratiques de la préfecture de Mayotte.
- 63 Malheureusement, cette ordonnance du 9 janvier 2015 est loin d'être le remède efficace dont les ressortissants étrangers à Mayotte ont besoin. Outre ses imprécisions, elle est totalement ignorée par la préfecture qui préfère continuer une politique du chiffre et est

épisodiquement appliquée par le tribunal administratif de Mayotte selon le juge de permanence.³³ Depuis le 9 janvier 2015, des centaines d'enfants ont été éloignés de Mayotte, arbitrairement rattachés à des adultes, en dépit de la présence de leurs parents sur le territoire. Le fantasme de la pression migratoire à Mayotte justifie toutes les dérives, même au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant.

*

- 64 TA de Mayotte, Ord. Ref., 19 décembre 2014, *Mme M.*, n° 1400699
 65 Conseil d'Etat, Ord. Réf., 9 janvier 2015, *Mme F. D.*, n° 386865, tables
 66 Défenseur des droits, MDE-MSP/2015-02, 2015-1-6
 67 TA Mayotte, Ord. Réf., 20 février 2015, *Mme M.*, n° 1500082

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07, §97 – ADL du 16 décembre 2012 par N. Hervieu.
2. Cour EDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. n° 27765/09 – ADL du 27 février 2012 par N. Hervieu.
3. Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. n° 39472/07 et 39474/07 – ADL du 22 janvier 2012 par N. Hervieu.
4. v. par exemple « 39 passagers ont fait l'objet d'OQTF (obligation de quitter le territoire français, nldr) et ont été placés en rétention administrative avant éloignement, auxquels 42 mineurs ont été rattachés » (« Mayotte : 5 kwassas interceptés avec 89 personnes à bord », 17 février 2015 ou encore « Rappelons que dimanche, sur 185 personnes interceptées, 97 mineurs étaient reconduits accompagnés d'adultes, qu'ils ne connaissent pas, la plupart du temps » (« 138 mineurs reconduits en 3 jours », *Journal de Mayotte*, 12 février 2015).
5. CE, 12 juin 2006, *Gisti & Cimade*, n°282275, tables.
6. Nicolas Hervieu et Serge Slama, « Enfants en rétention : une tragédie franco-européenne en quatre actes », in *CPDH*, 6 mars 2012 ; « Rétention des enfants : Vers une ultime représentation sur la scène des Palais français et européens ? » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 14 mai 2013 ; Serge Slama, « Voici venu le temps d'en finir avec la rétention arbitraire des enfants (à propos de l'arrêt Popov) », in *AJ Pénal*, 2012, n° 5, p. 281.
7. Cette disposition est applicable à Mayotte en vertu de 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 (partie législative)

8. Depuis le 26 mai 2014, il existe désormais une procédure de regroupement familial à Mayotte, en application de l'ordonnance du 7 mai 2014 et du décret n° 2014-527 du 23 mai 2014, mais les conditions de logement et de ressources sont presque impossibles à remplir pour la majeure partie des familles comoriennes résidant régulièrement à Mayotte. Les associations de défense des étrangers ont contesté la légalité de ce décret notamment pour ce motif.
9. « Regard de la Défenseure des enfants sur la situation des mineurs à Mayotte », Rapport d'activité 2008 ; Compte-rendu de la mission conduite par Mme Yvette MATHIEU, Préfète, Chargée de mission auprès du Défenseur des droits, sur la protection des droits de l'enfant à Mayotte.
10. Contre-rapport sur la réalité de ce que dissimule le terme d'"immigration clandestine" à Mayotte réalisé par le Collectif Migrants Mayotte, présenté le 4 septembre 2008 à la délégation sénatoriale en mission à Mayotte au nom de la commission des lois du Sénat.
11. CE, 25 octobre 2014, n°385173, *AJDA* 2014. 2157. V. Christophe Pouly, « Éloignement forcé des mineurs : le Conseil d'État a-t-il franchi le Rubicon ? », *Dictionnaire permanent- droit des étrangers*, 21 novembre 2014.
12. Gisti, Singularités mahoraises du droit des personnes étrangères, *Les Cahiers juridiques*, janvier 2015
13. V. Défenseur des droits, 19 avril 2013, Recommandations générales relatives à la situation très alarmante des mineurs étrangers isolés dans le Département de Mayotte et Gabrielle Hébrard, « Défenseur des droits : Une décevante pusillanimité face à la situation alarmante de 3 000 mineurs isolés à Mayotte » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 20 mai 2013.
14. TA de Mayotte, 18 novembre 2013, n°1300551 et 130052.
15. CE, 10 décembre 2013, n°373686. Voir le dossier sur le site du Gisti notamment les observations du Défenseur des droits.
16. V. la requête anonymisée mise en ligne sur le site du GISTI.
17. CE, 25 octobre 2014, n°385173.
18. La mère bénéficie depuis plusieurs années d'un titre de séjour comme étranger malade. Elle est aussi, suite à un remariage, mère d'un enfant français.
19. On estime à près de 10 000 le nombre de morts lors de ses traversées depuis l'instauration du « visa Balladur » en 1995. Le passage coûterait de 400 à 1 000 euros. Il est rendu périlleux en raison de la barrière de corail et de plusieurs radars placés aux deux extrémités de l'île pour repérer les kwassas (Laurent Grzybowski, « Mayotte, le «Lampedusa de l'océan Indien» ? », *La Vie* 28 juillet 2014)
20. En 2012, 405 kwassas kwassas ont été interceptés à Mayotte (Dixième rapport du comité interministériel de contrôle de l'immigration, 2014, p. 202).
21. V. le rejet par le même juge des référés du référé-suspension associatif pour défaut d'urgence contre l'article 14 de l'ordonnance du 7 mai 2014 écartant l'instauration de ce recours suspensif malgré les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : CE réf., 24 juillet 2014, Gisti et a., n°381551 (v. le dossier avec les recours en suspension et au fond sur le site du Gisti).
22. TA de Mayotte, 19 décembre 2014, n° 1400699.
23. CEDH, 4 avril 2011 *Rahimi c. Grèce* – ADL 6 avril 2011 par N. Hervieu.
24. Une nouvelle affaire de rétention d'un mineur pendant 10 jours est pendante devant la Cour EDH dans une affaire de Me Benjamin Francos : *R.C. c. France*, n°76491/14, Communiquée le 11/12/2014.
25. Karine Parrot, « Droit des étrangers et de la nationalité, décembre 2013-décembre 2014 (chronique) » in *Recueil Dalloz* 2015.450.

26. Postérieurement à cette ordonnance, la préfecture de Mayotte a continué de rattacher fictivement des mineurs à des tiers sans s'attacher à vérifier la nature des liens. Voir en ce sens TA Mayotte, 16 février 2015, n°1500075.

27. Précisons qu'avec d'autres étudiants de la promo 2014/2015 du M2 droits de l'homme nous avons assisté à l'audience publique.

28. A une question du représentant du Gisti sur le nombre de regroupements familiaux depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 7 mai 2014, la représentante du ministère a évoqué un total de... 10 demandes et une réponse favorable dans 4 procédures. Il existe pourtant plusieurs milliers de familles comoriennes résidant régulièrement à Mayotte et dont les enfants sont aux Comores.

29. Note de la section des rapports et des études n°18394 du 9 février 2015.

30. Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Rapport sur la situation en France, février 2015.

31. CEDH, *De Souza Ribeiro*, préc.

32. V. Nicolas Hervieu, Serge Slama, « Lacunes et infortunes de l'Etat de droit(s) à Mayotte », *AJDA* 2014 p. 1849. V. pour le rejet pour défaut d'urgence du référé-suspension contre l'ordonnance du 7 mai 2014 sous prétexte de l'adoption prochaine de ce projet : CE 24 juill. 2014, *Gisti et a.*, n° 381551.

33. Dans une ordonnance du 16 février 2015, le juge des référés du Tribunal administratif de Mayotte a refusé de suspendre une mesure d'éloignement concernant deux enfants âgées de 10 et 11 ans, arbitrairement rattachées à un passeur. Saisie d'une demande au titre de l'article 39 de la convention, la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé d'accorder une mesure provisoire, se contentant de la garantie selon laquelle les « requérantes mineures (ont été) éloignées vers les Comores accompagnées d'une escorte policière ». TA Mayotte, 16 février 2015, n°1500075.

RÉSUMÉS

Par une ordonnance du 9 janvier 2015, le juge des référés du Conseil d'Etat s'est de nouveau prononcé sur l'éloignement d'un mineur étranger arrivé en kwassa et rattaché fortuitement à un adulte accompagnant alors que ses parents résidaient régulièrement sur l'île de Mayotte et s'étaient manifestés auprès des autorités françaises avant le renvoi illégal de l'enfant vers les Comores. Cette ordonnance, mentionnée au Lebon, vient compléter une décision rendue peu avant par le même juge des référés, elle-aussi mentionnée aux tables (CE, 25 octobre 2014, n° 385173, tables). S'inscrivant dans le prolongement de plusieurs affaires du même type ayant réuni au Conseil d'Etat les mêmes acteurs, cette jurisprudence, faute de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (De Souza Ribeiro, 13 décembre 2013, n° 22689/07), n'est pas parvenue à ce que les pratiques manifestement illégales de la préfecture de Mayotte de rattachement fictif évoluent ni à ce que le contrôle exercé, dans le cadre d'un recours non-suspensif, par le tribunal administratif soit satisfaisant.

AUTEUR

CAMILLE ESCUILLIÉ

Etudiante du Master 2 "Droits de l'Homme" (Paris Ouest Nanterre La Défense) et titulaire du Certificat d'aptitude à la profession d'avocate.