

CONSEIL D'ETAT
SECTION DU CONTENTIEUX
REQUÊTE EN ANNULATION

POUR :

– Le Groupe d'information et de soutien des immigrés (Gisti), association régie par la loi de 1901, représentée par son président, Stéphane MAUGENDRE, domiciliée en son siège, 3 Villa Marcès, 75011 Paris ;

Mandataire unique

– L'association Avocats pour la défense des droits des étrangers (ADDE), association loi 1901, dont le siège est au bureau des Associations de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel, 2-4, rue de Harley, 75001 Paris – Maison du Barreau, représentée par sa présidente, Mylène STAMBOULI ;

– Le Comité médical pour les exilés (COMEDE), association régie par la loi de 1901, ayant son siège au 78, ru du Général Leclerc, 94272 Le Kremlin-Bicêtre, représenté par son président, Didier FASSIN ;

– La Fédération des associations de solidarité avec les travailleur-euse-s immigré-e-s (FASTI), association régie par la loi du 1er juillet 1901, dont le siège est établi au 58 rue des Amandiers, 75020 Paris, représentée par sa présidente en exercice Simone RIVOLIER ;

– La Ligue des droits de l'homme (LDH), association régie par la loi de 1901, ayant son siège 138 rue Marcadet, 75018 Paris, représentée par son président en exercice, Pierre TARTAKOWSKY ;

– Le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples (MRAP), association régie par la loi de 1901, ayant son siège 43 boulevard Magenta - 75010 Paris, représentée par sa co-présidente et représentante légale, Bernadette HETIER ;

– Le Syndicat des avocats de France (SAF), ayant son siège 34, rue Saint Lazare, 75009 Paris, représenté par sa présidente en exercice, Me Pascale TAELMAN,

Demandeurs

CONTRE :

Le Ministre de l'Intérieur, Place Beauvau, 75800 PARIS CEDEX 08

Défendeur

OBJET :

– l'annulation de dispositions du II. et du III. de la circulaire NOR : INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012 relative à la mise en œuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L.561-2 du CESEDA, en alternative au placement des familles en rétention administrative sur le fondement de l'article L.551-1 du même code (pièce jointe 1), ni publiée, ni mise en ligne.

Dans un arrêt du 19 janvier 2012, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la France pour la rétention d'une famille, avec deux enfants en bas âge, dans un centre de rétention administrative durant quinze jours pour violation de l'article 3 (pour les enfants), des articles 5§1 et 5§4 (pour les enfants) et 8 de la CEDH (pour toute la famille). Dans cette décision, la Cour a notamment constaté que « *la loi [française] ne prévoit pas que les mineurs puissent faire l'objet d'une mesure de placement en rétention ; ainsi, les enfants « accompagnant » leurs parents tombent dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leur parents* », emportant violation de l'article 5§4 de la CEDH (Cour EDH, 5e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*¹, §124, Req. n° 39472/07 et 39474/07).

Ainsi, cette décision a confirmé l'existence du « *vide juridique* » dénoncé depuis une dizaine d'années par les associations requérantes devant toutes les juridictions françaises, y compris le Conseil d'État : **il n'existe pas et il n'a jamais existé en droit français de texte légal fondant la présence des enfants étrangers en rétention administrative, que ce soit en France ou en outre mer.** Dès lors ce « *vide juridique* » conduira nécessairement, dans la présente affaire, le juge des référés du Conseil d'État au constat suivant : un ministre ne peut légalement prescrire par voie de circulaire de retenir, dans certaines circonstances, des familles avec enfants dès lors qu'aucun texte légal ne donne de base légale et organise la présence des enfants en rétention, ni ne prévoit de voie juridictionnelle pour contester cette pratique administrative. Or, la simple lecture de la circulaire contestée suffit à se convaincre qu'elle organise illégalement, en violation des articles 5§1 et 5§4 de la CEDH, la rétention de familles étrangères avec enfants lorsqu'elle **prescrit en son III. que la famille qui s'est volontairement soustraite à l'obligation de quitter le territoire français « ne pourra donc plus bénéficier du présent dispositif [d'assignation à résidence] et, en cas d'interpellation ultérieure, vous pourrez procéder à la mise en rétention administration selon les conditions de droit commun** ».

La présente requête tend donc à obtenir l'annulation des dispositions critiquées du III. de la circulaire du 6 juillet 2012 en tant qu'**elles prescrivent, dans certaines circonstances, en dehors de tout cadre légal, la rétention de familles avec enfants.** Elle entend aussi critiquer des dispositions du II. de la circulaire en tant qu'elles organisent **un régime différencié extra-légal d'assignation à résidence des familles jugées rétives** à l'exécution de l'OQTF.

I. FAITS

Dans une lettre adressée le 20 février 2012 au Réseau éducation sans frontière (RESF) et à l'Observatoire de l'enfermement des étrangers (OEE), dont font partie les associations requérantes, le candidat socialiste à la présidentielle, François Hollande, a déclaré : « *en écho à votre pétition [« Il faut en finir avec l'enfermement des enfants étrangers »], je veux prendre l'engagement, si je suis élu à la présidence de la République, de mettre fin dès mai 2012 à la rétention des enfants et donc des familles avec enfants. La protection de l'intérêt supérieur des enfants doit primer [...]* »². Deux mois, et trente enfants retenus, après l'élection de François Hollande, le Premier ministre Jean-Marc Ayrault a renouvelé la promesse présidentielle lors de son discours de politique générale³ dans des termes dénués d'ambiguïté : « **aucun enfant, aucune famille ne sera placée en centre de rétention** ».

Politiquement l'intention est donc très claire : les deux têtes de l'Exécutif ont annoncé leur intention d'en finir immédiatement avec la rétention des enfants. Juridiquement, la situation est tout aussi claire

¹ L'arrêt *Popov* est devenu définitif le 19 avril 2012 à défaut de demande de renvoi devant la Grande chambre.

² Lettre accessible sur <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2012/03/Fran%C3%A7ois-Hollande-Enfermement-des-mineurs-1.pdf>

³ Jean-Marc Ayrault, « Discours de politique générale de Jean-Marc Ayrault, Premier ministre à l'Assemblée nationale », 3 juillet 2012 [<http://www.gouvernement.fr/premier-ministre/discours-de-politique-generale-de-jean-marc-ayrault-premier-ministre-a-l-assemblee>].

depuis l'arrêt *Popov* rendu le 19 janvier 2012 par la Cour européenne des droits de l'Homme : aucun texte légal ou réglementaire ne donne de base légale à la présence des enfants en rétention et par suite aucun enfant ne peut s'y trouver sans violer les articles 5§1 et 5§4 de la CEDH et, dans certains cas, les articles 3 et 8 de la CEDH⁴.

Malgré ce cadre politique et juridique dénué de toute ambiguïté, la circulaire ministérielle critiquée prescrit aux préfets de poursuivre les pratiques illégales de rétention des familles avec enfants. Dans un récent entretien au *Monde*, le ministre de l'Intérieur affirme vouloir également que « *tout soit mis en œuvre pour [...] mettre un terme* » à la rétention des enfants conformément à « *l'engagement du président [de la République]* ». Il a pourtant annoncé dans le même entretien exactement l'inverse en mentionnant que, dans la circulaire qu'il s'appropriait à signer, il était prévu que : « *La rétention des familles ne se fera plus que pour celles qui n'auront pas respecté leur assignation à résidence ou ne se seront pas présentées à l'embarquement en cas d'expulsion* » (Manuel Valls, « Il n'y aura pas de régularisation massive des sans-papiers », *Le Monde*, 28 juin 2012). **La rétention des enfants ne va donc pas cesser.**

Depuis une dizaine d'années, le nombre d'enfants qui ont fait l'objet, du fait de l'irrégularité du séjour de leur(s) parent(s), de cette détention administrative arbitraire, en dehors de tout cadre légal, sans bénéficier d'un contrôle juridictionnel satisfaisant, n'a cessé d'augmenter. Dès 2005, dans une réponse à un député UMP qui s'inquiétait d'enfants retenus « *dans des conditions indécentes* », le ministre de l'Intérieur, Nicolas Sarkozy, confirmait la réalité de cette présence. Il la justifiait en estimant que la législation « *ne s'oppose naturellement [sic] pas à ce que des mineurs accompagnés suivent leurs parents lorsque ces derniers font l'objet d'une mesure d'éloignement* », ceci afin de préserver « *l'unité familiale durant toute la phase précédant l'éloignement effectif des étrangers en cause accompagnés de leurs enfants, notamment durant le placement en rétention administrative* » (réponse à la question n° 58712 publiée au JO du 17/05/2005). Pour la Métropole, **on dénombre 165 enfants en rétention en 2004, 242 en 2007, 318 en 2009 et 356 en 2010**. Outre mer, particulièrement à Mayotte, ce sont plusieurs milliers d'enfants, souvent sans présence d'un parent ou d'un représentant légal qui sont détenus arbitrairement au centre de rétention de Pamandzi dans des conditions notoirement contraires à la dignité de la personne humaine. Pour la seule année 2010, ce centre insalubre et inadapté, qui aurait dû être reconstruit en 2012, a permis le renvoi de **6 400 mineurs**⁵. En dix ans, ce sont finalement plusieurs dizaines de milliers d'enfants qui ont été arbitrairement détenus en France, en dehors de tout cadre légal et sans contrôle juridictionnel effectif.

Cette atteinte caractérisée et systématique aux droits de l'enfant – la France est l'un des seuls pays du Conseil de l'Europe avec la Grande-Bretagne et la Belgique à avoir systématisé l'enfermement des mineurs étrangers dont les parents sont en instance d'éloignement⁶ – a constamment été dénoncée aussi bien par la société civile⁷ que par les autorités administratives indépendantes (Contrôleur général des

⁴ Pour des analyses doctrinales en ce sens : M. Farge, A. Gouttenoire, « La rétention d'un enfant étranger accompagnant ses parents : la nécessité de faire primer les droits fondamentaux de l'enfant sur l'objectif de maîtrise de l'immigration », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2010, étude 14 ; N. Hervieu, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », *Lettre ADL*, 22 janv. 2012 ; N. Hervieu et S. Slama, « Enfants en rétention : une tragédie franco-européenne en quatre actes », *CPDH*, 6 mars 2012 ; Serge Slama, « Voici venu le temps d'en finir avec la rétention arbitraire des enfants (à propos de l'arrêt Popov) », *AJ Pénal* 2012 p. 281.

⁵ « 26 405 expulsions depuis Mayotte en 2010 dont 6 400 mineurs ». Statistiques communiquées par la préfecture au cours de 2010 et commentaires [<http://www.migrantsoutremer.org/Mayotte-2010-6645-eloignements-en>]

⁶ Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE), « Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit)... », *Parlement européen*, PE 378.275, déc. 2007.

⁷ V. not. le « Procès de l'enfermement des enfants étrangers », *Journal droit des jeunes*, n° 306, mai 2011 et J-F. Martini, « La contestation de l'enfermement des enfants étrangers », *Focus sur...*, *Dalloz étudiant*, 28 février 2012.

lieux de privation de liberté⁸, etc.) ou encore par les instances européennes⁹ et la doctrine universitaire unanime¹⁰. Poursuivant les positions adoptées par la CNDS¹¹ et la Défenseure des Enfants¹² – dont les travaux furent particulièrement utiles à Strasbourg (*Popov*, §§ 47-51) –, le Défenseur des droits qui s'est récemment saisi de cette question, a décidé d'intervenir systématiquement dans les dossiers individuels dont il est destinataire. Signe de cet engagement, le 25 juin dernier, il a présenté des observations¹³ devant la Cour administrative d'appel de Nancy dans une affaire visant la rétention administrative d'enfants mineurs étrangers¹⁴. Il a également rencontré le 15 mars 2012 le Président de la CEDH, Nicolas Bratza, afin d'évoquer la question de l'exécution des arrêts de la Cour par la France, notamment l'exécution de l'arrêt *Popov*¹⁵. Fin mai 2012, Dominique Baudis a aussi rencontré Manuel Valls pour aborder ce sujet (« Enfants expulsables : rencontre Valls-Baudis », *Dépêche AFP*, 1er juin 2012).

Sans doute objectera-t-on dans le mémoire en défense que la Cour européenne ne conteste pas dans sa jurisprudence le droit des États de décider de l'éloignement des familles d'étrangers en situation irrégulière et, à cette fin, le droit de les placer en rétention si cette mesure coercitive intervient en dernier recours. De même, l'article 17 de la directive 2008/115/CE (article non transposé en droit interne) permet aux États, là aussi en dernier recours, de prévoir dans leur législation la rétention des familles avec enfants. Cela étant, dans l'immédiat, au vu de l'absence de toute base légale à la privation de liberté des enfants, dénoncée par la Cour européenne dans l'arrêt *Popov*, la France doit mettre fin à leur présence dans les centres de rétention.

Or, la lecture de la circulaire du 6 juillet 2012 donne l'impression que le ministère a pris acte des développements de la Cour de Strasbourg, menés à l'aune de l'article 8 de la CEDH et de l'intérêt supérieur de l'enfant, exigeant des États que la rétention soit envisagée en dernier recours après échec des mesures alternatives à la rétention (*Popov*, §§132-148), mais qu'il a fait totalement abstraction de la condamnation de la France en raison de l'absence de base légale et de contrôle juridictionnel sur la décision privative de liberté des enfants (*Popov*, §106-124).

Les associations requérantes ne critiquent donc pas la circulaire en ce qu'elle entend définir « *les mesures qui doivent se substituer au placement des mineurs accompagnant leurs parents en rétention administrative en vue de leur éloignement* » (résumé et point II) mais uniquement en ce qu'elle invente un régime différencié d'assignation à résidence pour les familles étrangères dont les garanties de représentation « *sont faibles et dont le comportement révèle une volonté manifeste de fraude et de*

⁸ V. par exemple le rapport de visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté qui a été utilisé par la Cour de Strasbourg pour constater le caractère inadapté de l'accueil des enfants du CRA de Rouen-Oissel dans l'affaire *Popov* : Rapport de visite du centre de rétention administrative de Rouen Oissel, septembre 2008 [<http://www.cglpl.fr/2009/rapport-de-visite-du-centre-de-retention-administrative-de-rouen-oissel>].

⁹V. Recommandations du Commissaire européenne aux droits de l'homme à l'issue du Rapport de visite en France du 15 février 2006, CommDH(2006)2 réitéré dans rapport du 20 novembre 2008 (CommDH2008(34)) et recommandation 1985 (2011) du 7 octobre 2011 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière : une réelle cause d'inquiétude ».

¹⁰ V. en particulier F. Rome, « “Quand les bornes sont dépassées, il n’y a plus de limites !” », *D.*, 2009, édito 2913 et J. Matringe et K. Parrot, « La France enferme des nourrissons », *Le Monde*, 22 décembre 2009, S. Corneloup, note critique sous Cass. Civ, 10 décembre 2009, n°08.14141 et n° 08.21101, *Revue critique de droit International privé* 2010, p.116..

¹¹ Avis du 13 juin 2005 (saisine no 2004-87) ; avis du 20 octobre 2008 (saisine no 2007-121) ; avis du 17 novembre 2008 (no 2007-113) et avis du 14 décembre 2009 (saisine no 2009-121).

¹² Rapport d'activité 2008 et 2009,

¹³ <http://revdh.files.wordpress.com/2012/07/ddd-decc81cision-nc2b0-mde-2012-98-e28093-22-juin-2012.pdf>

¹⁴ Marianne Gourcuff, « Défenseur des droits : Premier rapport annuel et observations dans une affaire touchant à la rétention administrative d'enfants », *Lettre ADL*, 2 juillet 2012.

¹⁵ « Le Défenseur des droits intervient sur la question de la rétention des enfants dans l'attente de leur expulsion », *Communiqué de presse*, 15 mars 2012 [<http://www.defenseurdesdroits.fr/salle-de-presse/communiques-de-presse/le-defenseur-des-droits-intervient-sur-la-question-de-la>]. Cette question a aussi été abordée, en présence de l'ancien président Costa, lors de la première réunion conjointe des trois collèges le 26 mars 2012 (D. Baudis, Edito, 02 avril 2012 [<http://www.defenseurdesdroits.fr/sinformer-sur-le-defenseur-des-droits/linstitution/editorial/les-trois-colleges-de-notre-institution>]).

refus de leurs obligations » (point I.) et prescrit, en dehors de tout cadre légal et réglementaire, la « *conduite à tenir en cas de soustraction à l'obligation de quitter le territoire français* » en permettant la rétention administrative de familles avec enfants (point III) .

II. DISCUSSION

A/ Sur la recevabilité

1. Sur la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État

S'agissant d'une circulaire contenant indéniablement des dispositions « *de portée générale* », le Conseil d'État est compétent en premier et dernier ressort en application des dispositions du 2° de l'article R.311-1 du code de justice administrative.

2. Sur l'intérêt à agir des organisations requérantes

2.1. Le Gisti

Selon l'article 1^{er} de ses statuts , l'association a pour objet :

« – de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des étrangers et des immigrés ;
– d'informer les étrangers des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;
– de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité ;
– de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ;
– de promouvoir la liberté de circulation. »

En maintenant des cas dans lesquels la rétention des familles avec enfants est possible, la circulaire contestée porte indéniablement atteinte aux droits des étrangers retenus et à leur liberté de circulation.

2.2. L'ADDE

Aux termes de l'article 2 des statuts de l'ADDE (« But ») l'association :

« a pour but de regrouper les avocats pour la défense et le respect des droits des étrangers, consacrés, notamment, par les déclarations des droits de l'homme de 1789 et 1793 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle informe les avocats, les étrangers, notamment par l'organisation des réunions, séminaires, colloques, échanges d'information. Elle soutient l'action des étrangers en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits. Elle combat toutes les formes de racisme et de discrimination, et assiste ceux qui en sont victimes. Elle entretient des relations avec les administrations et les organismes en relation avec les étrangers. »

La contestation de la circulaire attaquée a trait à la question de la légalité de la rétention des étrangers en situation irrégulière, en particulier des enfants, au regard des normes internationales, et notamment de l'article 3-1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et des articles 5 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Assurément, ces questions correspondent aux buts que s'est fixée l'ADDE.

2.3. Le Comede

Selon l'article 2 de ses statuts, l'association a pour objet :

« - d'assurer une prise en charge médicale, sociale et psychologique des exilés dans le cas où elle est inexistante ou inadéquate et d'agir en faveur de celle-ci ;

- de participer à la réflexion et à la mise en œuvre d'actions permettant d'améliorer l'insertion des exilés dans le pays d'accueil... ;
- de porter témoignage sur leur situation dans les limites du secret professionnel... »

L'article 4 de la charte du Comede est ainsi rédigé :

- « Considérant que la problématique des consultants forme un tout, les membres du COMEDE s'engagent à ne pas stigmatiser un aspect particulier.
- Le COMEDE travaillera en étroite collaboration avec les organismes (...), de défense des droits de l'homme à l'échelon national et international et participera à l'échange d'informations médicales, psychologiques, sociales et légales dans les limites déontologiques professionnelles. »

La circulaire contestée porte atteinte aux droits des exilés. Le COMEDE a donc intérêt à agir puisque la généralisation de la résidence surveillée ainsi que l'exclusion de Mayotte du champ d'application de la circulaire, où vont être maintenues en rétention des familles avec des enfants, porte manifestement atteinte aux droits des exilés, et à leur insertion dans le pays d'accueil.

2.4. La FASTI

Selon l'article 2 de ses statuts, la FASTI a pour objet de :

« regrouper les Associations de Solidarité avec les Travailleur-euse-s Immigré-e-s (ASTI) sur l'ensemble du territoire en vue notamment :

(...) D'apporter aux associations affiliées toute l'aide nécessaire à l'accomplissement de leur tâche, et en particulier, d'assurer au niveau national leur représentation auprès des pouvoirs publics,

De promouvoir avec les personnes immigrées, l'éducation populaire, les conditions d'accueil, les conditions d'une cohabitation réussie des personnes françaises et des personnes immigrées dans une société multiculturelle, de lutter pour établir l'égalité des droits entre personnes français-e-s et personnes immigré-e-s ainsi que pour le respect des libertés individuelles en référence avec la déclaration universelle des droits de l'Homme et les recommandations des organisations internationales.»

La FASTI comme les ASTI fait sienne une démarche d'unité et de collaboration dans le respect des responsabilités de chacun-e avec toute organisation qui milite contre le racisme et pour la reconnaissance des droits des personnes immigrées. L'action de la FASTI vise à défendre les droits des personnes étrangères et, selon ses statuts, l'appellation de travailleur-seuse-s immigré-e-s englobe les personnes étrangères et les familles.

Elle a manifestement intérêt à agir dans le cadre de cette présente requête au Conseil d'Etat qui vise à demander l'annulation de la circulaire du 6 juillet 2012 relative à la mise en œuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L.561-2 du Cesda et la décision du Ministre de l'Intérieur d'exclure le département de Mayotte du champ d'application de cette circulaire. La circulaire, en contradiction avec les textes internationaux, porte une atteinte considérable aux droits des personnes étrangèr-e-s, la rétention administrative et l'assignation à résidence des familles étant des régimes très restrictifs des libertés individuelles.

2.5. La LDH

L'article 1^{er} alinéas 1 et 2 des statuts de la LDH énonce que la LDH est « destinée à défendre les principes énoncés dans les déclarations des droits de l'Homme de 1789 et 1793, la Déclaration universelle de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels. Elle œuvre à l'application des conventions et des pactes internationaux et régionaux en matière du droit d'asile, de droit civil, politique, économique, social et culturel ».

L'article 3 de ces mêmes statuts poursuit : « La Ligue des droits de l'Homme intervient chaque fois

que lui est signalée une atteinte aux principes énoncés aux articles précédents, au détriment des individus, des collectivités et des peuples. Ses moyens d'action sont l'appel à la conscience publique, les interventions auprès des pouvoirs publics, auprès de toute juridiction, notamment la constitution de partie civile lorsque les personnes sont victimes d'atteintes aux principes ci-dessus visés et d'actes arbitraires ou de violences de la part des agents de l'Etat ».

L'intérêt à agir de la LDH est ainsi patent, s'agissant de la contestation des décisions ayant pour objet de préciser les modalités d'éloignement du territoire français des familles comprenant des enfants mineurs, pouvant conduire jusqu'à la privation des libertés de ces dernières.

2.6. Le MRAP

L'objet social du MRAP comprend notamment les objectifs suivants :

« Article 1.1 : Le MRAP est une association laïque qui a pour objet de lutter contre (...) toutes discriminations, exclusions, restrictions ou préférences (...) à l'encontre d'un personne ou d'un groupe des personnes en raison de leur appartenance ou de leur non appartenance, réelle ou supposée, une prétendue, race, une ethnie, une nation (...) »

« Article 1.3 : le MRAP (...) entend assurer à tout être humain, sans distinction aucune, la reconnaissance et l'exercice de tous ses droits et libertés, y compris le droit au développement, et le respect de sa dignité dans des condition d'égalité, en quelque domaine et quelque lieu que ce soit. »

Afin d'assurer la poursuite de cet objectif, selon l'article 2.1 de ses statuts, « le MRAP met en application tous les moyens légaux d'action sur le plan national ou international pouvant concourir à la réalisation de ses objectifs et s'efforce d'obtenir une amélioration des législations existantes ». Cette utilisation de « tous les moyens légaux » comprend, entre autres, le fait d'exercer de recours devant la justice administrative en vue d'obtenir l'annulation des dispositions législatives ou réglementaires qui contreviennent, selon l'analyse du mouvement, à la poursuite des objectifs fondamentaux qu'il s'est donnés.

En l'occurrence, il s'agit du texte d'une circulaire ministérielle qui, bien qu'elle entende restreindre le recours à la rétention administrative pour des familles (et notamment leurs membres mineurs), l'autorise sous certaines conditions.

Une différence de traitement de fait est d'ailleurs réservé aux ressortissants étrangers et notamment comoriens se trouvant sur l'île de Mayotte – constituant un département français –, dans la mesure où le ministre de l'intérieur a annoncé l'exclusion de cette île du champ d'application de ladite circulaire.

Des restrictions aux droits et libertés ainsi que des atteintes à la dignité des personnes sont ainsi à observer, résultant de la nationalité des personnes, dans la mesure où, la rétention administrative ne peut concerner que des personnes de nationalité étrangère et ressortissants de pays non membres de l'Union européenne. Parmi ces ressortissants étrangers, une autre rupture d'égalité est à observer entre les ressortissants notamment comoriens, se trouvant à Mayotte, et d'autres ressortissants étrangers présents sur le territoire français.

Au nom de son engagement en faveur des droits, des libertés et de la dignité dont doivent pouvoir bénéficier les êtres humains sans distinction, le MRAP est donc compétent pour agir en vue de contester ladite circulaire.

2.7. Le SAF

L'article 2 des statuts du Syndicat des Avocats de France indique que le syndicat a pour objet :

« 5. L'action en vue d'associer les avocats aux initiatives tendant à assurer le fonctionnement d'une justice plus démocratique et plus proche des citoyens et de mieux garantir les droits et libertés publiques et individuelles;

6. Toute action relative au fonctionnement de la justice, aux conditions de détention, ainsi qu'aux droits des justiciables et de toute personne privée de liberté ;

(...)»

Le SAF a donc intérêt pour agir pour toute action touchant à la rétention administrative et à l'assignation à résidence des familles et enfants étrangers, ces régimes étant privatifs ou lourdement restrictifs de la liberté individuelle. Le Conseil d'État a du reste reconnu l'intérêt pour agir et la recevabilité de l'action du SAF en matière de droit d'asile et de droit des étrangers, et notamment de rétention administrative (CE, n° 352534, 23 mai 2012 ; CE, n° 335532, 18 novembre 2011 ; CE, juge des référés, n° 352155, 13 septembre 2011).

3. Sur le délai

Mise en ligne dès le 6 juillet par le Journal *Libération* (« Rétention des enfants, l'exception », *Libération*, 6 juillet 2012 à 22:06), la circulaire NOR : INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012 n'a pas à ce jour été publiée ni au *Journal officiel*, ni dans un bulletin officiel, ni même reprise sur <http://circulaire.legifrance.gouv.fr>

Ainsi, aucun délai n'est opposable et, en tout état de cause, la présente requête a été introduite moins de deux mois après cette diffusion.

4. Sur l'impérativité de la circulaire

La seule lecture de la circulaire NOR INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012 suffit à se convaincre qu'elle contient des dispositions impératives.

En premier lieu, son objet est de mettre fin au systématisme de la pratique administrative qui s'est développée depuis une dizaine d'années consistant à ce que les enfants « *accompagnent* » leurs parents en rétention lorsque ceux-ci sont en instance d'éloignement. Elle a ainsi pour objet, selon les termes impératifs utilisés dans son résumé, de « *définir les mesures qui doivent se substituer au placement des mineurs accompagnant leurs parents en rétention administrative en vue de l'éloignement du territoire français* ». Dans le même sens, la circulaire rappelle dans son introduction qu'elle « *visé ainsi à généraliser, pour le cas des familles, la mesure alternative au placement en rétention administrative que constitue l'assignation à résidence* » et, plus loin, elle prescrit aux préfets de « *veiller, dans le cas de familles parentes d'enfants mineurs, à appliquer la procédure d'assignation à résidence plutôt que le placement en rétention* ».

En prescrivant ainsi aux préfets de développer l'assignation à résidence comme alternative à la rétention uniquement pour les familles étrangères avec enfants, et non pour l'ensemble des étrangers sous le coup d'une décision de retour comme le prévoit la législation applicable, le ministre de l'Intérieur a incontestablement adopté des dispositions impératives à caractère général.

En deuxième lieu, dans le II., en dehors de tout cadre légal (comme cela sera ultérieurement démontré), la circulaire invente des régimes légaux différenciés d'assignation à résidence en prescrivant « *pour les familles dont les garanties de représentation sont faibles et dont le comportement révèle une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations, vous privilégiez la solution la plus adaptée aux particularités de chaque situation : assignation à résidence au domicile avec une vigilance toute particulière ou assignation dans un autre lieu permettant une surveillance facilitée pour les services de police ou de gendarmerie* ».

En troisième et dernier lieu, dans le III., le ministre invente un régime extra-légal de sanctions « *en cas de non-respect des conditions de l'assignation à résidence, en cas de fuite d'un ou plusieurs membres de la famille ou en cas de refus d'embarquement* ». En effet, dans ces hypothèses, il prescrit l'impossibilité d'une nouvelle assignation à résidence et demande, alors qu'il n'existe aucun fondement légal à la présence des enfants en rétention, de « *procéder* » en cas d'interpellation ultérieure, « *à la*

mise en rétention administrative [de la famille avec enfants] selon les conditions de droit commun ». Or, ce droit commun a été jugé contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Pour toutes ces raisons, la recevabilité de la présente requête est acquise

B/ Sur la légalité

Plusieurs dispositions de la circulaire NOR INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012 sont entachées d'illégalité.

1. Légalité de dispositions du II. de la circulaire

Dans le II., en dehors de tout cadre légal, la circulaire invente **des régimes illégaux différenciés d'assignation à résidence** en prescrivant : « *Pour les familles dont les garanties de représentation sont faibles et dont le comportement révèle une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations, vous privilégieriez la solution la plus adaptée aux particularités de chaque situation : assignation à résidence au domicile avec une vigilance toute particulière ou assignation dans un autre lieu permettant une surveillance facilitée pour les services de police ou de gendarmerie* ».

La création de ces régimes différenciés d'assignation à résidence à « *vigilance toute particulière* » ou « *surveillance facilitée* » dans le cas où « *les garanties de représentation sont faibles* » et « *dont le comportement révèle une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations* » constitue **une violation directe de la loi et de la directive 2008/115/CE**.

En premier lieu, la violation de la loi est acquise par la seule lecture des dispositions du CESEDA existantes. L'article L.561-2 du CESEDA – que la circulaire prétend mettre en œuvre – prévoit uniquement :

« Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque, mentionné au II de l'article L. 511-1, qu'il se soustraie à cette obligation. Les trois derniers alinéas de l'article L. 561-1 sont applicables, sous réserve de la durée maximale de l'assignation, qui ne peut excéder une durée de quarante-cinq jours, renouvelable une fois. »

Ces dispositions législatives ne prévoient pas, comme le recommande le ministre aux préfets, de différencier les régimes d'assignation à résidence selon la « *faiblesse* » des garanties de représentation et « *le comportement révèl[ant] une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations* ». Bien au contraire, c'est l'existence de garanties de représentation « *effectives* » pour prévenir ce risque de fuite qui justifie l'assignation à résidence. En réalité, la circulaire invente des conditions d'assignation à résidence selon un régime différencié en s'inspirant des hypothèses dans lesquelles la « *directive retour* » (art. 7-1) prévoit le raccourcissement, voire la suppression, du délai de départ volontaire accordé à l'étranger. Ainsi, dans le CESEDA, l'article L511-1 II., issue de l'article 37 de la loi LOI n°2011-672 du 16 juin 2011, prévoit la possibilité pour l'autorité administrative d'édicter une obligation de quitter sans délai le territoire français « *3° S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation* », caractérisé notamment par le refus d'exécution de la mesure d'éloignement ou les comportements frauduleux de l'intéressé. .

Le seul dispositif légal d'assignation à résidence avec surveillance « *renforcée* » qui s'adresse aux familles avec enfants est régi par l'article L562-1 du CESEDA, créé par l'article 47 de la loi n°2011-

672 du 16 juin 2011. Celui-ci prévoit que :

« Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, lorsque l'étranger est père ou mère d'un enfant mineur résidant en France dont il contribue effectivement à l'entretien et à l'éducation dans les conditions prévues à l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans et lorsque cet étranger ne peut pas être assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du présent code, l'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique, après accord de l'étranger. La décision d'assignation à résidence avec surveillance électronique est prise par l'autorité administrative pour une durée de cinq jours ».

Toutefois ce dispositif n'est **pas entré en vigueur** faute de publication du décret en Conseil d'État prévu par l'article L562-3 du CESEDA (créé par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 47) pour en définir les modalités d'application.

Quant à l'assignation à résidence dans un autre lieu que le domicile *« permettant une surveillance facilitée pour les services de police ou de gendarmerie »*, elle est bien prévue implicitement par l'article R561-2 du CESEDA, issu de l'article 19 du décret n°2011-820 du 8 juillet 2011. Il prescrit en effet que *« l'autorité administrative détermine le périmètre dans lequel l'étranger assigné à résidence en application de l'article L. 561-1, de l'article L. 561-2 [...] est autorisé à circuler muni des documents justifiant de son identité et de sa situation administrative et au sein duquel est fixée sa résidence. Elle lui désigne le service auquel il doit se présenter, selon une fréquence qu'il fixe dans la limite d'une présentation par jour, en précisant si cette obligation s'applique les dimanches et les jours fériés ou chômés »*. Mais **le ministre ne peut, sans commettre une erreur de droit, restreindre le pouvoir discrétionnaire des préfets** dans la fixation du lieu de l'assignation à résidence en prévoyant que certaines familles - celles *« dont les garanties de représentation sont faibles et dont le comportement révèle une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations »* – devront faire l'objet d'une assignation où la surveillance des forces de police et de gendarmerie sera *« facilitée »* - notion inconnues des textes légaux et réglementaires.

En second lieu, ces prescriptions violent aussi les dispositions des articles 3-7 et 7 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008. En effet les mesures prescrites visent à prévenir le risque de fuite d'une famille étrangère. Or, la directive prévoit clairement que ce risque de fuite doit être défini *« sur la base de critères objectifs définis par la loi »* (article 3-7). Comme cela a été rappelé dans l'affaire *Achughbabian*, une simple circulaire ne peut tenir lieu de dispositions législatives pour le droit de l'Union européenne (CJUE, Gr. Ch., 6 décembre 2011, *Achughbabian*, aff. C329/11). Du reste, votre haute juridiction administrative a déjà eu l'occasion de juger qu' *« aussi longtemps que l'État n'a pas fixé dans sa législation nationale, ainsi que l'imposent les dispositions du 7) de l'article 3 de la directive du 16 décembre 2008, les critères objectifs sur la base desquels doit être appréciée l'existence d'un « risque de fuite », il ne peut pas se prévaloir de l'exception prévue par le paragraphe 4 de l'article 7 dans une telle hypothèse »* (CE, avis du 21 mars 2011, *MM. Jin et Thiero*, n° s 345978 et 346612).

2. Légalité de dispositions du III. de la circulaire

Dans le III., le ministre de l'Intérieur invente **un régime extra-légal de sanction** *« en cas de non-respect des conditions de l'assignation à résidence, en cas de fuite d'un ou plusieurs membres de la famille ou en cas de refus d'embarquement »* pour constater la soustraction à une mesure d'OQTF. Dans ces cas, là aussi en dehors de tout cadre légal, il prescrit **l'impossibilité d'une nouvelle assignation à résidence** et surtout il demande, alors qu'il n'existe aucun fondement légal à la présence des enfants en rétention, de *« procéder » en cas d'interpellation ultérieure, « à la mise en rétention administrative [de la famille avec enfants] selon les conditions de droit commun »*. Ces prescriptions ne correspondent en aucune façon à l'économie générale du CESEDA et de la directive 2008/115/CE s'agissant des conditions dans lesquelles une mesure de rétention administrative peut être décidée en cas d'échec des *« mesures »* et *« mesures coercitives »* de l'article 8 de la directive 2008/115/CE.

Certes, en droit de l'Union européenne, la rétention administrative est possible en vertu de l'article 15 de la directive : « 1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, [...] lorsque: a) il existe un risque de fuite, ou b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement ».

En aucun cas ces dispositions sont spécifiques aux familles avec enfants, au contraire elles concernent l'ensemble des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sans exclusive.

En raison de la prohibition de l'effet vertical descendant (CJCE 5 avr. 1979, *Ministère public c/ Ratti*, Rec. 1629 ; CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, n°152/84, point 49. V. aussi CE, 23 juin 1995, n° 149226, *SA Lilly France* : Lebon, p. 257), le ministère ne peut valablement invoquer l'article 17-1 de la directive au soutien de sa circulaire en ce qu'il prévoit que « *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.* ». En effet, ces dispositions n'ont pas été transposées en droit français. En droit français, l'article L.511-4 du CESEDA prévoit même qu'un mineur est protégé contre les mesures d'éloignement et, par suite, contre un placement en rétention. En aucun cas, le Conseil d'État ne pourra considérer de manière prétorienne qu'un placement en rétention ou qu'une assignation à résidence avec un régime de surveillance renforcé « bénéficie » ou constitue un droit des enfants étrangers... (CE, réf., 12 mai 2011, *Gisti*, n°348 774).

En droit français, le risque de fuite défini par l'article L511-1 II., issue de l'article 37 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 autorise exclusivement l'autorité administrative à prononcer une obligation de quitter le territoire français sans délai de départ volontaire. Ce risque est défini de la manière suivante :

« 3° S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation. Ce risque est regardé comme établi, sauf circonstance particulière, dans les cas suivants :

a) Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

b) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

c) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;

d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

e) Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;

f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 ».

La « fuite d'un ou plusieurs membres de la famille » et le « refus d'embarquement » ne constituent pas des motifs légaux pour justifier un placement en rétention. **Le ministre de l'Intérieur ne peut, de la sorte, restreindre le pouvoir discrétionnaire des préfets** qui doivent, au cas par cas, selon les critères objectifs définis par la loi, apprécier le risque de fuite et décider d'accorder un délai de départ volontaire dans les conditions définies par l'article L.551-1 du CESEDA.

Plus fondamentalement, il n'existe **pas de base légale à la rétention des enfants prescrite par le ministre dans la circulaire contestée**, ni de procédure juridictionnelle permettant de contester cette

rétenion des enfants. Indiscutablement, les dispositions de la circulaire critiquées sont donc constitutives d'une **violation du droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5§1 de la CEDH et du droit pour « toute personne privée de sa liberté [...] 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. » garanti par l'article 5§4, tel qu'il a été interprété par la Cour de Strasbourg.** En 2006, saisi par le Gisti et la Cimade, votre haute juridiction administrative avait d'ailleurs reconnu que les dispositions réglementaires contestées (article R.553-3 CESEDA) organisant « l'accueil » [sic] des enfants en rétention « n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet de permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre des familles des personnes placées en rétention » (CE, 12 juin 2006, *Cimade, GISTI*, n°282275). Mais surtout, dans l'affaire *Popov*, la Cour européenne condamne la France pour la rétention des enfants *Popov*, sur le fondement de l'article 5§1 f) de la CEDH dans la mesure où, considérés comme de simples « accompagnants » de leurs parents, leur présence en rétention ne donne lieu à « aucun examen » particulier de leur situation (*Popov*, § 118). En effet, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA ») n'impose pas aux mineurs étrangers de détenir un titre de séjour. L'article L.511-4 du même code protège de surcroît ces mineurs contre toute mesure d'éloignement¹⁶. Or, dans sa jurisprudence sur le droit à ne pas être privé de sa liberté, la Cour européenne exige précisément « un lien [...] entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, d'autre part, le lieu et le régime de détention »¹⁷.

L'absence de décision de placement en rétention concernant spécifiquement les enfants a aussi pour conséquence de les priver de toute protection juridictionnelle effective. C'est pourquoi, dans son arrêt du 19 janvier, la Cour condamne la France pour violation de l'article 5§4 de la CEDH car le statut de simples « accompagnants » de leurs parents fait tomber les enfants retenus « dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leur parents » (*Popov*, § 124). En effet, dans la mesure où ils ne peuvent légalement faire l'objet de mesure de placement en rétention, les mineurs ne peuvent davantage faire usage des voies de recours ouvertes contre lesdites mesures, qu'il s'agisse de la procédure administrative (art. L.512-1 et s. du CESEDA) ou judiciaire (art. L.552-1 et s. du CESEDA issu de la loi du 16 juin 2011).

Par suite, tant que le droit français n'est pas modifié, les enfants ne peuvent pas légalement être retenus en France. La circulaire ne peut donc prescrire de « procéder » en cas d'interpellation ultérieure, « à la mise en rétention administrative [de la famille avec enfants] selon les conditions de droit commun », sans violer la CEDH qui, en application de l'article 55 de la Constitution française a force supérieure aux lois.

Ces dispositions illégales seront donc annulées.

*

Dans le cadre du suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (article 46 de la Convention), les associations ont, du reste, l'intention de saisir le **Comité des ministres du Conseil de l'Europe** afin de dénoncer le fait que, depuis l'arrêt *Popov* du 19 janvier 2012, la France n'a adopté aucune mesure pour faire cesser toute rétention administrative de mineurs en France comme l'exige pourtant très clairement l'arrêt la décision du 19 janvier 2012. En l'état actuel du droit français, la rétention des mineurs a toujours cours sans que leur situation particulière ne soit examinée et sans qu'aucune décision ne serve de base à cette privation de liberté.

Compte tenu de ce « vide juridique » et parce que la rétention des enfants perdure malgré l'arrêt *Popov*, la Cour européenne a récemment communiqué à la France une nouvelle affaire de rétention d'enfants qui pourrait aboutir à une nouvelle condamnation pour violation des 3, 5 § 1 f), 5 § 4 et 8 de

¹⁶ Issu de l'article 25 de l'ordonnance de 2 novembre 1945 modifié par la loi n°84-622 du 17 juillet 1984.

¹⁷ CEDH, 2e sect., 20 déc. 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c/ Belgique*, n° 10486/10, § 124-125, *ADL* du 27 déc. 2011 par N. Hervieu ; *AJDA* 2012. 143, chron., L. Burgorgue-Larsen.

la CEDH – ainsi que de l'article 13 combiné à l'article 5 (CINQUIÈME SECTION, Requête no 11593/12, *Armen BADALIAN et autres contre la France* introduite le 24 février 2012). Il est temps que le juge des référés du Conseil d'État mette un terme à la rétention des enfants en suspendant les dispositions critiquées de la circulaire prescrivant aux préfets de continuer à placer des familles avec enfants en rétention dans certaines circonstances.

PAR CES MOTIFS, les associations requérantes demandent au Conseil d'Etat :

- d'annuler les dispositions critiquées du II. et du III. de la circulaire NOR : INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012 relative à *la mise en œuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L.561-2 du CESEDA, en alternative au placement des familles en rétention administrative sur le fondement de l'article L.551-1 du même code* ;
- d'enjoindre au ministre de l'Intérieur d'adopter d'autres instructions conformes à la légalité c'est-à-dire à la prohibition totale et absolue de la rétention des familles avec enfants ;
- de mettre à la charge de l'Etat la somme de trois mille cinq cents euros (3 500€) pour l'ensemble des associations requérantes au titre des frais engagés pour l'instance et non compris dans les dépens, par application de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Pour l'ensemble des associations requérantes,



Stéphane MAUGENDRE,
Président du Gisti