



ZRIBI & TEXIER
Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation
01 45 51 51 61
avocats-conseils@zribi-texier.fr
<http://www.zribi-texier.fr>

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

RÉPLIQUE

POUR :

- 1) L'association nationale d'assistance aux frontières pour les personnes étrangères (Anafé), représentée par son président,
- 2) La Cimade, représentée par son président,
- 3) Le groupe d'information et de soutien des immigré.es (GISTI), représenté par ses codirigeants,
- 4) La Ligue des droits de l'Homme (LDH), représentée par sa présidente,
- 5) Le Mouvement Citoyen Tous migrants, représentée par un de ses co-présidents,
- 6) L'association Emmaüs Roya, représentée par son président,
- 7) L'association Roya citoyenne, représentée par son conseil d'administration,
- 8) L'association Secours catholique – Caritas France, représentée par son président,
- 9) L'Alliance des praticiens du droit des étrangers pour la défense des droits fondamentaux (Alliance-DEDF), représentée par son président,
- 10) L'association InfoMIE, représentée par sa présidente,

11) L'association Médecins du Monde, représentée par son président,

12) Le syndicat de la magistrature, représenté par son secrétaire général,

13) Le syndicat des avocats de France (SAF), représenté par sa présidente.

CONTRE :

1°) Le département des Alpes maritimes

SCP Bauer Violas- Feschotte Desbois- Sebagh

2°) L'Etat

Sur le pourvoi n° 500.285

I. Les exposants souhaitent répliquer aux mémoires en défense déposés par le département des Alpes Maritimes et par le ministre de l'intérieur.

On rappellera, pour plus de clarté, qu'est ici en cause la suspension des décisions implicites de rejet des demandes formulées par les exposants d'abrogation et d'injonction à suspendre l'exécution du protocole d'accord signé le 31 décembre 2019 par le président du conseil départemental des Alpes-Maritimes, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Nice et le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Grasse « *relatif à la prise en charge des mineurs non accompagnés sur le territoire national dans le département des Alpes-Maritimes* » et de ses avenants n°1 et 3 conclus les 16 mars 2021 et 13 mars 2023 « *relatifs à l'appui de la Décision d'admission sur le Territoire des mineurs non accompagnés* », signés également par les mêmes autorités et par le Directeur départemental de la police aux frontières.

Dans le contexte du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'Espace Schengen depuis 2015, ces accords, et plus précisément les avenants n° 1 et 3 du protocole ont instauré une procédure expérimentale « *d'appréciation* » de la minorité à la frontière intérieure franco-italienne, totalement dérogatoire à la procédure d'évaluation de la minorité prévue par les articles L. 221-2-4 et R.221-11 du code de l'action sociale et des familles à l'égard des personnes qui se déclarent mineures isolées avant qu'elles ne soient autorisées par la police aux frontières à pénétrer sur le sol français.

Il ressort des termes mêmes des avenants litigieux et plus précisément de l'article 3 a) de l'avenant n° 1 du protocole du 16 mars 2021, que leurs signataires ont distingué entre trois catégories de mineurs.

Cette distinction, qui a toujours cours à l'heure actuelle, est pleinement admise par le ministre de l'intérieur qui catégorise entre le mineur se déclarant comme tel à la frontière et qui « *apparaît effectivement mineur* », seul ce dernier voyant « *sa situation traitée conformément au droit commun en vigueur relatif à la protection de l'enfance* » et tous les autres pour lesquels un « *temps de vérification de deuxième ligne* » a été prévu au soutien de la décision d'admission ou de non-admission sur le territoire français (mémoire en défense du ministre de l'intérieur, p. 3).

Ainsi, le protocole et ses avenants crée trois catégories de personnes :

- celles qui, pour la police aux frontières, apparaissent d'emblée mineures selon leur apparence et qui sont de ce fait, autorisées à entrer en France et à bénéficier des procédures d'évaluation de droit commun de la minorité

telles que prévues par les articles L. 221-2-4 et R.221-11 du code de l'action sociale et des familles,

- celles pour lesquelles, toujours selon la police aux frontières, il existe un doute quant à leur minorité et qui font l'objet de vérifications succinctes de sa part, selon sa propre base de données,
- et celles pour lesquelles, selon la police aux frontières, un doute persiste après la réalisation de ces vérifications succinctes et qui font l'objet d'un entretien dit « *support d'appréciation de la minorité*, particulièrement sommaire, opaque, sans aucune garantie pour les personnes qui y sont soumis.

Et au terme des vérifications sommaires effectuées par la police aux frontières et/ou de l'entretien dit « *support d'appréciation de la minorité* », les personnes sont :

- soit admises sur le territoire national et elles bénéficient alors de la procédure d'évaluation de droit commun de la minorité prévue par les articles L. 221-2-4 et R.221-11 du code de l'action sociale et des familles,
- soit sont refoulées vers l'Italie, ou font l'objet d'une obligation de quitter le territoire, décision finalement prise par les autorités françaises, souvent après que les autorités italiennes aient à nouveau renvoyées vers la France les personnes refoulées, les considérant comme mineures.

II. Ceci étant rappelé, le tribunal administratif a commis une erreur de droit en s'abstenant de relever d'office le moyen tiré de l'incompétence des auteurs du protocole et de ses avenants n° 1 et 3.

Pour défendre au moyen tiré de l'incompétence des auteurs du protocole et de ses avenants, le département des Alpes Maritimes renvoie, d'une part au V. de l'article R. 222-11 du code de l'action sociale et des familles et d'autre part, à la possibilité, pour les autorités publiques, même en l'absence de texte spécifique, de conclure des conventions *pour l'organisation d'un service public et, plus généralement pour la coordination de toute action publique* », ce qui serait l'objet même du protocole et de ses avenants.

Ces moyens de défense devront être écartés.

Le département des Alpes Maritimes se prévaut donc principalement du V. de l'article R. 222-11 du code de l'action sociale et des familles, lequel prévoit la possibilité pour le président du conseil départemental et le préfet de police de conclure *« une convention qui fixe les modalités selon lesquelles l'action de leurs services est coordonnée, notamment en ce qui concerne la présentation de la personne aux fins de renseigner le traitement des données prévu par l'article R. 221-15-1 »*.

Mais comme les exposants l'ont déjà souligné à l'appui de leur mémoire complémentaire, l'objet de la convention prévue par l'article R. 221-11 du Casf n'est pas d'édicter des règles de détermination de la minorité, mais simplement de permettre au préfet et au président du conseil départemental de coordonner leurs actions relatives à l'identification des personnes via le traitement automatisé des données, ce qui est très différent.

L'objet de la convention auquel renvoie le V. de l'article R. 222-11 du code de l'action sociale et des familles est ainsi rigoureusement différent de celui du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants.

Ainsi qu'il a été vu, l'objet de ces protocoles est, pour le président du conseil départemental des Alpes-Maritimes, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Nice, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Grasse et pour le Directeur départemental de la police aux frontières, de fixer de nouvelles règles de détermination de la minorité des personnes qui se présentent comme mineures non accompagnées à la frontière franco-italienne afin de décider si ces personnes sont admises, ou non, à franchir la frontière intérieure franco-italienne.

L'article R. 222-11 du code de l'action sociale et des familles ne donne ainsi pas compétence aux auteurs du protocole pour fixer ces règles dérogatoires.

L'objet de ces protocoles relève par ailleurs de la compétence exclusive du législateur, seul habilité en vertu de l'article 34 de la Constitution, à fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes, l'âge constituant sans conteste un élément relatif à son état et à sa capacité juridique.

Et en tout état de cause, aucun texte ne donne compétence au préfet ou au président du conseil départemental pour fixer des règles relatives à la détermination de l'âge et de la minorité d'une personne, nouvelles et dérogatoires de droit commun.

Le département des Alpes Maritimes le reconnaît d'ailleurs en filigrane puisqu'il énonce (mémoire en défense, p. 9), « qu'en tout état de cause, en l'absence de disposition spécifique, les autorités publiques sont libres de conclure des conventions pour l'organisation d'un service public et, plus généralement pour la coordination de toute action publique ».

Et c'est de manière totalement inopérante que le département des Alpes Maritimes soutient « *qu'en l'absence de texte les autorités publiques sont libres de conclure des conventions pour l'organisation d'un service public et, plus généralement pour la coordination de toute action publique* » (mémoire en défense, p. 9).

Ce même moyen de défense est repris par le ministre de l'intérieur qui soutient, à tort, que le protocole et ses avenants se borneraient à s'inscrire dans le cadre de l'organisation et de la coordination de plusieurs services administratifs en « période exceptionnelle » de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures (mémoire en défense, p. 8).

Il s'impose en effet d'évidence que ce qui est ici en cause n'est pas l'organisation d'un service public ou la coordination de toute action publique.

Encore une fois l'objet du protocole et surtout de ses avenants (avenant n° 1) est la fixation de nouvelles règles instituant un « *dispositif d'appréciation de la minorité* » par le président du conseil départemental des Alpes-Maritimes, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Nice, le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Grasse et par le Directeur départemental de la police aux frontières à l'égard de personnes qui se déclarent mineures non accompagnées à la frontière intérieure franco-italienne, dispositif sommaire qui modifie substantiellement les règles d'évaluation de droit commun de la minorité.

Enfin, on ajoutera que contrairement à ce que soutient le département des Alpes Maritimes, les exposants n'ont pas contesté à l'appui de leur mémoire complémentaire, les mentions du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants relatives au rôle du parquet, notamment au titre de l'article 40 du code de procédure pénale ou de l'obligation qui est la sienne de désigner sans délai un administrateur ad hoc aux fins d'assister et de représenter le mineur non accompagné, étant précisé qu'aucun administrateur ad hoc n'est désigné lorsque la personne qui se présente à la frontière franco-italienne comme mineure isolée est jugée d'apparence majeure par la police aux frontières et fait l'objet d'un entretien dit « *support d'appréciation de la minorité* ».

Les exposants ont contesté le fait que le procureur de la République ait été signataire de ce protocole et de ses avenants alors qu'il n'en a pas la compétence et que sa qualité de signataire porte atteinte à la séparation des pouvoirs.

Dès lors, le protocole du 31 décembre 2019 et ses avenants n° 1 et 3 sont entachés d'incompétence et les juges des référés ont commis une erreur de droit en ne soulevant pas ce moyen d'office.

III. Par ailleurs, tous les moyens de légalité interne soulevés par les requérants sont opérants, en ce qu'ils ne sont pas nouveaux en cassation.

Il résulte d'abord des énonciations mêmes de l'ordonnance attaquée que les exposants ont invoqué à l'appui de leur requête tendant à contester la légalité de la décision implicite de rejet de la demande d'abrogation du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants, la méconnaissance des exigences de la directive retour n° 2008/115/UE, mais aussi la méconnaissance des articles 3, 8, 12 et 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant, laquelle fait directement application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la méconnaissance des dispositions de droit interne issues du Casf et du Ceseda (ordonnance attaquée, p. 2).

Tous ces textes de droit international comme de droit interne, font prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant et prohibent tout dispositif d'évaluation de la minorité qui serait discriminatoire.

Et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui comme il a été vu, fait une application directe de la CIDE expressément visée par les exposants dans leur requête saisissant les juges des référés et érige en norme de référence l'article 3,§ 1 de la CIDE, a instauré dans ses arrêts récents une présomption de minorité.

Par ailleurs, au-delà des énonciations de l'ordonnance attaquée qui suffisent à écarter tout grief de nouveauté des moyens soulevés, il résulte des termes mêmes de la requête des exposants que ces derniers ont précisément soutenu en première instance « qu'il n'est, par ailleurs, pas fait application des dispositions applicables aux mineurs de la directive 2008/115/UE » (Dans B. légalité interne. 1. Violation du droit européen).

Or c'est bien cette directive expressément citée par les exposants qui prévoit, comme ils l'ont largement souligné dans leur mémoire complémentaire, la nécessité d'une appréciation générale et approfondie de la situation de la personne pour déterminer si elle est, ou non, mineure.

En outre, les exposants ont fait valoir dans le « *B. légalité interne : 2. Sur la violation des 3, 8, 12 et 20 et de la convention internationale des droits de l'enfant et des dispositions du CASF* ».

Et à l'appui de leur moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du Casf, les exposants se sont expressément prévalu des observations de la Défenseure des droits adressées au ministre de l'intérieur les faisant leurs, aux termes desquelles Mme Claire Hédon rappelle « *l'impossibilité de se soustraire au cadre défini par le CASF et l'obligation d'orienter, sans délai, vers l'accueil provisoire d'urgence prévu par le CASF, toute personne se déclarant MNA interpellée ou repérée aux frontières intérieures* ».

Enfin, s'agissant de la méconnaissance par le protocole et ses avenants des dispositions du CESEDA, les requérants ont expressément soutenu devant les juges des référés que les stipulations contenues sont « *non conforme(s) à l'article. R. 431-14 3° du CESEDA qui prévoit expressément que le récépissé soit assorti d'une autorisation de travail* », que « *la liste des pièces en annexes 2 et 3 du protocole paraît restrictive concernant les justificatifs d'état civil et de nationalité* » à fournir et que d'une manière générale, la liste des pièces prévue par le protocole « *est restrictive au regard de la liste, non exhaustive, mise à l'annexe 10 du code précité* ».

C'est donc en vain que le département des Alpes Maritimes se prévaut de la nouveauté de certains moyens de légalité interne soulevés par les exposants.

IV. Non entachés de nouveauté, tous les moyens de légalité interne invoqués par les exposants devant les juges des référés étaient, au surplus, de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions implicites qui ont rejeté la demande d'abrogation du protocole et de ses avenants.

Le département des Alpes Maritimes et le ministre de l'intérieur ne peuvent sérieusement soutenir d'une part, que le protocole litigieux et ses avenants n'auraient ni pour objet, ni pour effet, de soustraire les étrangers au bénéfice des règles fixées par le droit européen, le Casf et le ceseda et d'autre part, que le

dispositif mis en place ne se substituerait pas aux règles de droit commun fixées par le Casf et qu'ils n'ajouteraient pas de nouvelles règles.

V. Précisément, le protocole du 31 décembre 2019 et ses avenants n° 1 et 3 excluent les personnes concernées, celles qui ne sont pas considérées comme mineures au terme de vérifications particulièrement sommaires, des dispositions protectrices d'évaluation de la minorité prévues tant par le droit de l'UE, le droit issu de la CIDE dont la Cour européenne des droits de l'homme fait application, que par les dispositions de droit interne.

Sans reprendre l'argumentaire largement développé par les exposants dans leur mémoire complémentaire, le département des Alpes Maritimes ne peut raisonnablement affirmer que depuis l'ordonnance du Conseil d'Etat statuant en référé du 24 avril 2021, les circonstances de droit ou de fait n'auraient pas évolué (CE, 24 avril 2021, n° 450879).

Tout d'abord, par nature, une telle ordonnance, au demeurant inédite, n'a pas de portée jurisprudentielle.

Par ailleurs, l'objet du litige ayant donné lieu à l'ordonnance précitée du 24 avril 2021, était différent du litige présent relatif à la légalité d'un dispositif d'appréciation de l'âge aux frontières intérieures franco-italiennes puisqu'il était demandé au juge des référés *« d'ordonner toutes mesures qu'il estimera nécessaires afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des personnes enfermées dans les locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Menton-Pont Saint-Louis, en particulier, en enjoignant à l'Etat, à titre principal, d'en prononcer la fermeture immédiate et, à titre subsidiaire, d'assurer aux personnes étrangères qui y sont retenues le bénéfice et la jouissance effective de l'ensemble des droits fondamentaux qui doivent leur être garantis et de prendre toute mesure destinée à garantir des conditions dignes de vie au sein de ces locaux, au besoin après un sursis à statuer sur ce point précis afin de demander à l'administration de produire, à brève échéance, un bilan complet sur la situation matérielle dans ces locaux »*.

En second lieu, il est manifeste que depuis cette ordonnance, les circonstances de droit et de fait ont évolué en raison des arrêts postérieurs rendus par la CJUE, saisie d'une question préjudicielle, et de la décision du Conseil d'Etat (décision ADDE du 21 septembre 2023, CJUE, n° C-143/22 ; CE, 2 février 2024, n° 450285).

On rappellera qu'aux termes de ces décisions, il est désormais jugé que si des contrôles aux frontières intérieures (dont la frontière franco-italienne) sont possibles, c'est à la condition d'une part, que les exigences de la directive retour soient respectées et d'autre part, que la décision de refus d'entrée aux frontières intérieures s'accompagne d'une décision de remise à l'Etat de provenance en application d'un accord de réadmission.

La décision ADDE du 21 septembre 2023, CJUE, n° C-143/22 et la décision du Conseil d'Etat du 2 février 2024 (CE, n° 450285) sont donc directement applicables au litige qui a trait aux conséquences du rétablissement des contrôles à la frontière franco-italienne pour les mineurs isolés non accompagnés et ont une incidence directe sur ce dernier.

Or, l'avenant n° 1 du 16 mars 2021, conclu précisément dans le cadre du rétablissement des frontières intérieures, à lire ses stipulations, ne respecte pas les exigences énoncées par ces deux arrêts, les personnes d'apparence non mineures ou jugées comme telles après des vérifications sommaires ou au terme « *d'un entretien support d'appréciation de la minorité* », faisant l'objet d'un refus d'entrée sur le sol français sans décision de remise à l'Etat de provenance, le protocole et ses avenants ne faisant nullement référence à une décision de réadmission vers l'Italie en application d'un accord qui aurait été signé le 3 octobre 1997.

Et ces personnes sont dans les faits privées de tout recours puisqu'elles sont refoulées en Italie sans possibilité d'exercer une voie de recours sauf quand les autorités italiennes les considèrent mineures et les renvoient, du fait de leur minorité, vers la France qui prend à leur encontre une obligation de quitter le territoire.

VI. Ensuite, et comme les exposants l'ont largement démontré à l'appui de leur mémoire complémentaire, le protocole et ses avenants n°1 et 2 ont prévu un dispositif « *d'appréciation* » de la minorité qui se substitue au dispositif de droit commun d'évaluation de la minorité.

Cette substitution au dispositif de droit commun d'évaluation de la minorité est manifeste en ce que le protocole et ses avenants :

- ne prévoient pas notamment un accueil d'urgence de cinq jours pouvant être renouvelé deux fois, un temps de répit nécessaire et une grille de questions objectives permettant une analyse approfondie de la situation ;

- et en ce qu'ils prévoient l'édiction d'une décision de refus d'entrée au terme d'un « *entretien support d'appréciation de la minorité* » particulièrement sommaire et opaque sans aucune garantie pour les personnes concernées.

Et contrairement à ce que soutient le département des Alpes-Maritimes, il ne suffit pas que l'avenant n°1 du protocole du 16 mars 2021 affirme que « *les investigations préliminaires conduites par le département sont indépendantes et ne se substituent en aucune façon à la procédure d'évaluation réglementaire conformément à l'article R. 221-11 du code de l'action sociale et des familles* ».

Il faut encore que les stipulations du protocole n'y soient pas contraires, ce qui n'est pas le cas, comme il l'a été développé dans le mémoire complémentaire.

Les constatations faites par Mme Claire Hédon, Défenseure des droits, en avril 2024, après s'être rendue sur place, en montrent d'ailleurs toutes les conséquences.

Et il ne saurait être soutenu par le ministre de l'intérieur que le doute profiterait toujours à l'étranger se présentant comme mineur non accompagné à la frontière franco-italienne, alors que seules les personnes d'apparence mineure, selon des critères purement subjectifs, sont autorisées à entrer en France et à bénéficier du dispositif de droit commun d'évaluation de la minorité.

Les constatations de Mme Claire Hédon, Défenseure des droits sont d'ailleurs édifiantes sur le fait que le doute ne profite pas à la personne qui se déclare mineure non accompagnée à la frontière franco-italienne.

VII. Enfin, l'exercice par l'Etat des compétences relatives au contrôle aux frontières intérieures ne saurait nullement le dispenser de respecter les exigences impératives relatives à l'évaluation des mineurs non accompagnés aux frontières intérieures résultant tant du droit de l'UE, du droit issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la CIDE, que du droit interne.

Il résulte de ce qui précède, que les juges des référés ont commis une erreur de droit en considérant que les moyens soulevés par les exposants n'étaient pas de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité des décisions implicites de rejet de demande d'abrogation du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants.

VIII. Sur le règlement par le Conseil d'Etat de l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

Le département des Alpes Maritimes ne saurait en premier lieu soutenir que la demande des exposants serait irrecevable aux motifs qu'ils ne démontreraient pas que la décision portant rejet de leur demande tendant à mettre fin à l'exécution du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants serait susceptible de léser leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine.

La jurisprudence citée par le département des Alpes-Maritimes à l'appui du moyen qu'il invoque au titre de la prétendue irrecevabilité de la demande des exposants est inopérante.

En effet, la jurisprudence citée vise les conditions pour qu'un tiers à un contrat administratif soit recevable à contester la validité d'un tel contrat.

Or ce n'est qu'à des conditions strictes qu'un contrat a la nature juridique de contrat administratif.

Ainsi que l'énonce la doctrine (JurisClasseur Contrats et Marchés Publics ; Fasc. 10 : « *Notion de contrat administratif* »), un contrat a la nature d'un contrat administratif soit par détermination de loi, soit par ce qu'il répond à des critères jurisprudentiels précis que sont la conclusion du contrat par des personnes publiques pour un objet précis tel, par exemple, la conclusion d'un contrat portant organisation respective des services publics de distribution d'eau potable d'un syndicat intercommunal et d'une commune (CE, 24 novembre 2008, n° 290540).

IX. En l'espèce, le protocole d'accord du 31 décembre 2019 et ses avenants n° 1 et 3 n'ont pas la nature juridique de contrat administratif.

Ce protocole, ainsi qu'il en résulte de ses stipulations mêmes, a été conclu « *entre les services de l'Etat, l'autorité judiciaire et le conseil départemental pour la prise en charge des mineurs non accompagnés sur le territoire national dans le département des Alpes-Maritimes* ».

Et les avenants n° 1 et 3 de ce protocole conclus les 16 mars 2021 et 13 mars 2023 sont quant à eux « relatifs à l'appui de la Décision d'admission sur le Territoire des mineurs non accompagnés » et ont été signés par les mêmes autorités.

Il en résulte qu'à supposer même qu'ils puissent être qualifiés de contrat, le protocole et ses avenants, dont on a peine à cerner la qualification juridique, n'ont pas d'abord la qualification de contrat administratif par détermination de la loi, le législateur n'ayant en l'espèce rien déterminé.

A cet égard, comme l'observait la rapporteure publique dans l'affaire *Départements des Hauts-de-Seine, des Alpes-Maritimes et autres, de l'Indre* (CE, 30 janvier 2015, n°s 371415, 371730, 373356 aux Tables) s'agissant de la circulaire du 31 mai 2013 adressée par le garde des sceaux pour attribution aux procureurs généraux près les cours d'appel et pour information aux premiers présidents des cours d'appel, relative à la procédure de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étrangers (NOR : JUSF1314192C) :

*« la circulaire attaquée se présente dans une configuration très particulière. Tout d'abord et ainsi qu'il a été dit, elle est inspirée **par un protocole d'accord, en réalité, une sorte de décision conjointe, entre trois ministres et le président de l'Assemblée des départements de France, qui n'a fait l'objet d'aucune mesure de publicité particulière**, dont elle reprend largement le contenu et qu'elle a d'ailleurs annexé à son texte même. Ensuite, et alors même que la circulaire émane du seul Garde des sceaux, qui n'a signé la décision conjointe qu'au titre de ses propres compétences et alors même que la circulaire n'est adressée, pour instruction, qu'aux procureurs généraux, elle reprend son contenu in extenso »* (concl. sur CE, 30 janvier 2015, n°s 371415, 371730, 373356, *Départements des Hauts-de-Seine, des Alpes-Maritimes et autres, de l'Indre*, aux Tables).

Ensuite, la présence de l'autorité judiciaire en la personne du procureur de la République comme signataire du protocole et de ses avenants exclut qu'il puisse être qualifié de contrat administratif.

Enfin, l'objet de l'avenant n° 1 qui se veut être un appui à la décision d'admission des mineurs non accompagnés sur le territoire national ne permet pas davantage que de tels documents, puissent être qualifiés de contrat et encore moins de contrat administratif.

X. En tout état de cause, à supposer même que la jurisprudence citée par le département des Alpes Maritimes relative aux conditions de recevabilité de l'action

d'un tiers à un contrat administratif soit transposable au litige, ce qui n'est pas le cas, les exposants démontrent que les intérêts qu'ils se sont donnés mission de défendre sont lésés de façon suffisamment directe et certaine par la conclusion du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants.

En effet, il résulte des statuts de chacun des exposants que ces derniers se sont donnés pour mission même de défendre les intérêts des personnes étrangères et pour certains des exposants lorsqu'elles sont précisément retenues aux frontières et lorsqu'elles se présentent comme mineure non accompagnées (c'est l'objet même du champ d'intervention de l'ANAFE et de l'association InfoMIE).

Au reste et comme l'ont fait valoir les exposants, citant de nombreuses décisions, rendues par le Conseil d'Etat en ce sens (à titre d'exemples, CE, 4 mai 2021, n° 451737 ; CE, 28 décembre 2017, n° 415291 ; CE, 7 février 2017, n° 392758), leur intérêt à agir a toujours été admis par le Conseil d'Etat dès lors qu'était en cause la restriction des droits des personnes étrangères, notamment aux frontières.

Les exposants sont donc recevables en leurs demandes.

XI. Et la condition de l'urgence est remplie.

On sait qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de la justice administrative, *« quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »*.

Et selon une jurisprudence constante, *« la condition d'urgence à laquelle est subordonnée le prononcé d'une mesure de suspension doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ; qu'il en va ainsi, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire ; qu'il appartient au juge des référés, saisi d'une demande tendant à la suspension d'une telle décision, d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de celle-ci sur la situation de ce dernier ou, le cas échéant, des personnes concernées, sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la*

requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue » (CE , Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n° 22881, Lebon ; CE, Sect., 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est assainissement, n°s 229563 et 229721, Lebon).

Afin d'apprécier le caractère immédiat du risque de préjudice pour le requérant, le juge des référés tient notamment compte du fait que la décision produira des effets dommageables avant que le juge du fond n'ait eu le temps de statuer (CE, 6 avril 2001, *France Télécom*, n° 230338, aux Tables ; CE, 27 juin 2001, *GAEC Le haut de l'Isle*, n°234089, aux Tables).

Ainsi, l'urgence est caractérisée lorsque l'entrée en vigueur de l'acte contesté est non seulement proche mais également susceptible de concerner un très grand nombre de personnes, en créant le risque d'une grave perturbation (CE, réf., 30 octobre 2001, *Syndicat national des enseignements de second degré et autres.*, n°s 238654, 2238656, 238680, Lebon).

Lorsque les demandeurs sont des associations, l'urgence est caractérisée si l'exécution de la décision est susceptible de porter une atteinte grave et immédiate aux intérêts que les associations requérantes se sont données pour mission de défendre (CE, 4 août 2003, n° 258778 ; CE, 1^{er} août 2002, n° 248988).

L'urgence est caractérisée dès lors qu'il ressort des éléments versés que la mesure en cause est toujours mise en exécution au jour où le juge des référés est saisi, sans qu'une date d'audience au fond n'ait été fixée et alors que sa mise en œuvre préjudicie de manière grave et immédiate aux intérêts que les associations requérantes se sont données pour mission de défendre, ce qui est le cas.

XII. En l'espèce, la condition d'urgence est remplie.

Tout d'abord, concernant la date du protocole et de ses avenants, on soulignera que la situation extrêmement préjudiciable actuelle pour les personnes se présentant comme mineurs aux frontières intérieures n'est pas imputable aux requérants.

Par ailleurs, comme les exposants le faisaient valoir dans leur requête, les associations et organismes exposants ont été alertés au mois de février 2024 que de mineurs isolés étrangers s'étaient vu notifier des obligations de quitter le

territoire français assorties d'interdiction de retour sur le territoire français à la suite d'entretiens dit « d'appréciation de minorité » conduits dans le cadre de l'application de cet avenant.

Plus précisément, les associations requérantes attestent que pour l'année 2024, au moins 334 personnes se déclarant mineures à la frontière franco-italienne ont fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire, pour certaines assorties d'une interdiction de retour sur le territoire français.

En avril 2024, les exposants ont appris, d'après les informations recueillies auprès de la police aux frontières de Menton pont Saint-Louis par des députées lors d'une visite du poste en avril 2024, l'ampleur de la situation, il s'est alors avéré qu'un tiers des mineurs isolés qui font l'objet d'entretiens dits « d'appréciation » de minorité sont « appréciés » majeurs et que 7.500 personnes déclarées mineures ont fait l'objet de cette procédure en un an, 1800 s'étant déclarées mineures au poste de la PAF de Menton pont Saint-Louis ont été « appréciées » majeures et n'ont par conséquent pas pu bénéficier d'une évaluation telle que prévue par la loi ni, ni par conséquent, de la protection de l'enfance.

Contrairement à ce que soutient le département, des éléments concrets et tangibles justifiant des atteintes graves et immédiates aux intérêts que les associations requérantes se sont données pour mission de défendre résultent des pièces du dossier et notamment de la décision de la Défenseure des droits du 30 octobre 2023 et de sa décision cadre du 23 avril 2024.

Dans sa décision du 30 octobre 2023, Mme Claire Hédon, Défenseure des droits, dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'Etat précité du 2 février 2024, a ainsi observé : « le Défenseur des droits est également préoccupé des procédures appliquées aux MNA interpellés aux frontières intérieures dans les Alpes- Maritimes Ces derniers sont tout d'abord soumis aux conditions de « mise à l'abri » décrites supra, de jour comme de nuit, pour des durées plus longues que les personnes majeures, et ne ressortent du local dit de mise à l'abri que pour le relevé d'empreintes. Les personnes se déclarant MNA sont ensuite soumises à un processus de détermination de minorité qui ne s'inscrit pas dans le processus prévu par le code de l'action sociale et des familles (CASF) et éclairé par les décisions du Conseil constitutionnel. Ainsi, un dispositif expérimental « d'appréciation de la minorité » en soutien à la décision des agents de la PAF a été mis en place. Il consiste en des entretiens au sein du poste de la PAF, réalisés par des agents du département Y, de jour comme de nuit, d'une quinzaine de minutes. Des relevés d'empreintes sont effectués, sans recueil du consentement, pour toutes les personnes se déclarant MNA, afin de consulter les traitements automatisés

VISABIO, FAED et EURODAC, y compris pour des mineurs de moins de 14 ans et non demandeurs d'asile. Aucun procès-verbal de consultation n'est rédigé. La copie du résultat de ces consultations est remise aux agents du département mais n'est pas communiquée aux personnes se déclarant MNA, même lorsqu'elles en font la demande expressément. À l'issue de ce processus, si la PAF estime que la personne n'est pas mineure, une décision de refus d'entrée est notifiée et la personne est éloignée immédiatement et sans délai vers l'Italie, sans pouvoir saisir le juge des enfants. Aucune information n'est donnée aux personnes se déclarant MNA quant aux voies de recours, ni par les agents de la PAF ni par les agents du département. Aucune pièce de procédure n'est remise aux personnes se déclarant MNA, hormis le refus d'entrée, même lorsqu'elles en font la demande expresse. Les personnes identifiées comme mineures par la PAF, et admises sur le territoire, seront soumises, par la suite, au processus de détermination de minorité de droit commun. Le Défenseur des droits constate à ce titre que les évaluateurs auront alors accès à l'ensemble des pièces de la procédure qui s'est déroulée aux frontières intérieures, dont le résultat des relevés d'empreintes. Le Défenseur des droits a constaté, en outre, dans de nombreuses procédures de refus d'entrée, que des personnes se déclarant MNA étaient réacheminées par les forces de l'ordre italiennes, car elles étaient identifiées comme mineures en Italie. Enfin, le Défenseur des droits a constaté que les documents d'état civil produits par les personnes se déclarant MNA ou les photocopies de documents d'identité ou de passeports n'étaient pas systématiquement pris en compte par la PAF » (Décision 2023-224 du 30 octobre 2023, § 32).

En outre, très préoccupée par la situation des mineurs aux frontières intérieures, Mme Claire Hédon, Défenseure des droits s'est rendue à la frontière franco-italienne et a édicté une décision cadre du 23 avril 2024 (décision n°2024-061) aux termes de laquelle elle a décrit la violation des droits subie par les personnes qui se présentent comme mineures étrangères isolées à la frontière intérieure franco-italienne à l'encontre desquelles sont appliqués les avenants n° 1 et 3 et qui sont renvoyées en Italie sans analyse approfondie de leur situation et sans respect des règles d'évaluation de la minorité fixées par le législateur.

Les points 720 et suivants de cette décision cadre, qui est fondé sur les constatations directes de la Défenseure des droits sur place, relatent la manière dont sont appliqués le protocole ainsi que ses avenants, qui n'a ainsi rien de théorique.

Son point 738 prévoit : « Ce processus s'inscrit dans un cadre manifestement inadapté à la situation des MNA (*supra* – « mise à l'abri ») et n'est assorti d'aucune garantie protectrice de leurs droits : pas de temps de répit, manque de traçabilité voire invisibilisation des procédures, non- communication des documents aux personnes,

impossibilité pour le mineur de contester ces décisions par une voie de recours effective, absence d'informations sur les droits, informations issues d'une consultation irrégulière des fichiers transmises aux apprécieurs, absence de notification d'une décision motivée en fait et en droit sur l'appréciation de minorité, absence de contrôle de l'autorité judiciaire. De surcroît, les entretiens dits d'appréciation de minorité, supposés éclairer les agents de la PAF, sont réalisés dans des conditions inadaptées, de jour comme de nuit, qui ne permettent pas la réunion d'un faisceau d'indices objectifs. 739. Or, un tel entretien, en dehors de tout cadre juridique, ne saurait se substituer à l'évaluation de la situation de la personne se déclarant MNA prévue par le CASF, qui doit être conduite dans le cadre d'un accueil provisoire d'urgence ».

La décision ajoute : « 741. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Défenseure des droits conclut que le dispositif de détermination de la minorité mis en place dans les Alpes-Maritimes, dérogatoire et sans aucune garantie procédurale (aucun accès aux éléments de procédure, aucun accès à un avocat et à un juge des enfants), ni contrôle de l'autorité judiciaire, constitue une violation de l'intérêt supérieur et des droits des mineurs, et une violation des garanties de la directive retour. 742. La Défenseure des droits conclut que ce processus, en ce qu'il peut aboutir à un refoulement immédiat d'une personne se déclarant MNA, sans accès à la procédure et sans voies de recours constitue une violation du droit à une protection en tant que MNA garanti conventionnellement, à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au recours effectif ».

Cette décision montre également que de nombreuses erreurs sont commises, par l'application de ce processus d'appréciation de minorité sommaire résultant du protocole et de ses avenants.

Elle fait état ainsi que des personnes appréciées majeures sont renvoyées en Italie, et les autorités italiennes découvrent alors qu'elles sont mineures.

« 748. Lors des vérifications sur place, les services du Défenseur des droits ont ainsi constaté que les « retours Italie » mentionnés dans le film d'activité, ainsi que dans les documents du conseil départemental, concernaient des situations pour lesquelles des MNA ont d'abord été interpellés comme majeurs ou des situations de personnes s'étant déclarées MNA, qui ont été considérées non mineures par la PAF de Menton et se sont vues notifier un refus d'entrée, puis remises par les autorités italiennes car celles-ci retrouvent ces personnes enregistrées comme mineures dans leurs bases de données ».

On est loin de la thèse du département, suivant laquelle ce processus dérogatoire d'appréciation de minorité conduirait seulement à écarter des personnes manifestement majeures.

L'urgence est donc concrètement justifiée par les pièces du dossier dont ces décisions essentielles de la Défenseuse des droits, qui se basent sur des constatations de terrain.

Et la poursuite de la mise à exécution du protocole et de ses avenants est susceptible de porter une atteinte grave et immédiate aux intérêts que les associations requérantes se sont données pour mission de défendre.

La poursuite actuelle de l'application du protocole et de ses avenants avec les atteintes graves et immédiates qu'elle entraîne pour les intérêts que les associations se sont données pour mission de défendre est attestée par Mme Manon Aubry, députée, qui s'est déplacée à la frontière franco-italienne au mois d'avril 2025, qui témoigne selon les dires mêmes des agents de la police aux frontières de « *l'actualité toujours très prégnante des entretiens d'appréciation de l'âge des mineurs non accompagnés* » (**production**), dont il a été amplement démontré qu'ils étaient parfaitement dérogatoires aux règles de droit commun d'évaluation de la minorité, menés sans aucune garantie et comportant un temps de privation de liberté au poste de la PAF.

De surcroît, l'intérêt public ne permet pas de justifier les atteintes graves aux droits fondamentaux engendrées par l'exécution de ce protocole et de ses avenants.

Tout d'abord, le département soutient à ce titre que le protocole et ses avenants permettraient d'assurer la coordination de l'action entreprise par les services du département des Alpes-Maritimes et de l'État.

Or un tel objectif de simple coordination entre services ne saurait justifier qu'il soit dérogé à l'évaluation complète de minorité, telle que prévue par la loi, et qu'il y soit substitué une simple « appréciation » sommaire de minorité, ne présentant aucune garantie, processus conduisant à ce que des personnes mineures ne soient in fine pas protégées par les autorités françaises, et que leurs besoins essentiels ne soient pas préservés, en méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant conventionnellement garanti.

Ensuite, le département fait valoir que le dispositif dérogatoire « d'appréciation de minorité », qui aurait été « adopté dans un contexte marqué par l'arrivée régulière et massive d'étrangers à la frontière française », aurait pour seul but « d'écarter du dispositif réservé aux MNAE les personnes manifestement majeures » et que ce dispositif serait, selon lui, indispensable pour permettre au département des Alpes-Maritimes d'accomplir ses missions.

Cependant, tout d'abord, le département ne fournit aucun justificatif ni aucune preuve de ce que cette appréciation de minorité à la frontière, dérogeant à toutes les règles tant conventionnelles qu'internes qui requièrent un processus d'évaluation de minorité présentant des garanties suffisantes, serait « indispensable » et que sans cela il ne pourrait pas exercer ses missions de protection des mineurs.

Ensuite, il ne saurait être retenu que cette « appréciation de minorité » ne tendrait qu'à écarter les personnes manifestement majeures, pour justifier l'exécution du protocole et de ses avenants.

En effet précisément, cette appréciation de minorité ne présente aucune garantie pour que la détermination de l'âge d'une personne soit fiable aux frontières, bien au contraire, dans un contexte dans lequel, comme cela a été développé dans le mémoire ampliatif, la Cour de Strasbourg reconnaît qu'à ce stade, s'applique une présomption de minorité.

Et comme on l'a vu, il résulte de la décision cadre de la Défenseure des droits que les erreurs sont nombreuses.

Dès lors, ces règles dérogatoires posées par le protocole et ses avenants font encourir, en définitive, un risque important que des personnes mineures soient éloignées, sans application des garanties de la directive Retour, ou qu'elles soient livrées à elles-mêmes, sans pouvoir subvenir à leurs besoins, isolées, et sans recevoir de protection de l'Etat français, en méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant, et entraînant des risques de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 CESDH.

Soulignons que comme il l'a été développé dans le mémoire complémentaire, la Cour de Strasbourg a souligné l'importance des procédures d'évaluation de l'âge dans le contexte migratoire dans la mesure où les législations interne, européenne et internationale protectrices des droits des enfants ne deviennent applicables qu'à

partir du moment où ceux-ci sont reconnus comme tels (CEDH, 21 juillet 2022, n° 5797/17, § 125).

Encore récemment la Cour de Strasbourg a encore rappelé que « 156. Elle souligne l'importance des procédures d'évaluation de l'âge dans le contexte migratoire. Les législations interne, européenne et internationale protectrices des droits des enfants ne deviennent applicables qu'à partir du moment où ceux-ci sont reconnus comme tels. L'établissement de la minorité d'une personne est donc la première étape vers une reconnaissance de ses droits et la mise en place de tous les dispositifs de prise en charge nécessaires. En effet, si un mineur est reconnu à tort comme étant adulte, des mesures portant gravement atteinte à ses droits peuvent être prises à son égard (Darboe et Camara, précité, § 125) » (CEDH A.C. contre France, 16 janvier 2025, n° 15457/20, voir mémoire complémentaire, p.28).

Par ailleurs l'argument du département suivant lequel il existerait un risque de regroupement, dans un même lieu, de majeurs sollicitant la procédure de mise à l'abri de façon abusive et des MNAE au détriment de la sécurité des mineurs ne saurait être accueilli.

En effet, outre que cet argument n'est étayé par aucun élément de preuve, il constitue un simple argument rhétorique, faisant abstraction du risque réel résultant de l'exécution du protocole et de ses avenants, qui est celui de mettre en danger des personnes mineures, laissées sans protection.

Enfin, le département se réfère aux objectifs du protocole et des avenants pour en justifier l'exécution, qui seraient la mise à l'abri des personnes étrangères dépourvues de lieux d'accueil afin de garantir le respect de leurs droits fondamentaux et de leur dignité dans l'attente d'un réacheminement vers le poste frontière italien le plus proche, la préservation de l'ordre public aux abords de la Frontière, et la mise en place d'une politique efficace d'éloignement.

Il soutient que le protocole aurait pour but « d'améliorer l'efficacité de la procédure d'évaluation de la minorité des étrangers et d'éviter que l'accueil provisoire d'urgence réservé aux mineurs isolés soit détourné par des étrangers majeurs ».

Cependant, comme il l'a été développé dans le cadre du mémoire complémentaire, précisément le protocole et ses avenants conduisent au résultat inverse, concernant les mineurs non accompagnés, à savoir le risque que des mineurs, dont l'âge ne fait

pas l'objet d'une procédure d'évaluation fiable, appréciés à tort comme majeurs, voient leurs droits fondamentaux et leur dignité méconnus.

Le fait qu'il existerait un risque concernant la préservation de l'ordre public n'est pas démontré par le département et en tout état de cause ne permettrait pas de justifier une atteinte aussi grave des droits fondamentaux des mineurs non accompagnés.

Il n'est pas non plus justifié que la procédure d'appréciation sommaire de minorité à la frontière soit indispensable à permettre l'éloignement des majeurs avérés, ce qui paraît plus que douteux, ni d'un risque effectif de détournement massif de l'accueil provisoire d'urgence par des majeurs, si les règles d'évaluation de minorité étaient respectées, contrairement à ce que le département soutient.

Sur l'éloignement, précisément, la suspension du protocole et de ses avenants s'impose au contraire, pour éviter que des mineurs, évalués à tort comme majeurs, soient éloignés, sans que cet éloignement soit entouré des garanties prévues par la directive Retour et soient, en définitive, privés de protection.

On ajoutera que les règles d'évaluation de la minorité prévues par le code, ont pour objectif même de permettre l'évaluation de l'âge des personnes et de protéger les mineur ou présumés tels.

Dès lors, il est paradoxal de soutenir que seule une dérogation à ces règles permettrait d'éviter que des majeurs soient protégés à tort ou de protéger les mineurs non accompagnés.

Au contraire, l'exécution du protocole et de ses avenants, qui prévoient une « appréciation » sommaire de minorité, sommaire non fiable, et dénuée de garanties qui, pour une catégorie de personnes, se substitue totalement au droit commun, et, en définitive, prive des mineurs de toute protection, porte gravement atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dès lors, il résulte de l'ensemble de ces développements qu'aucun impératif d'intérêt général ne justifie l'exécution du protocole et de ses avenants, et ainsi, la mise en œuvre d'une dérogation aux règles d'évaluation des mineurs non accompagnés, qui seules permettent de protéger les personnes mineures, comme l'Etat français en a l'obligation.

Ainsi, la condition d'urgence est remplie dès lors que l'exécution du protocole et de ses avenants porte une atteinte grave et immédiate à l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autant qu'ils sont susceptibles de s'appliquer à un nombre important de personnes, qui plus est, vulnérables, et partant, aux intérêts défendus par les exposants, et ce, en l'absence d'impératifs justifiant leur mise en œuvre.

Par suite, le protocole et ses avenants contestés produisent des effets immédiats et porte irrévérablement atteinte à la situation personnes se présentant aux frontières comme mineures non accompagnées et aux intérêts défendus par les exposants.

En définitive, au regard de l'atteinte grave et immédiate aux intérêts que les exposants viennent défendre, la condition de l'urgence est remplie.

XIII. Sur le doute sérieux quant à la légalité de la décision implicite de rejet de la demande tendant à l'abrogation du protocole du 31 décembre 2019 et de ses avenants, les exposants renvoient à l'argumentation développée dans leur mémoire complémentaire, le présent mémoire et dans leurs écritures de première instance.

PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office, les exposants concluent qu'il plaise au Conseil d'Etat :

-ANNULER l'ordonnance attaquée,

-Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, **accueillir** la requête de première instance.

-METTRE A LA CHARGE du département des Alpes maritimes et de l'Etat la somme de 3 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

SAS Zribi & Texier
Avocat aux Conseils

Production :

18. Attestation Manon Aubry