

Paris, le 22 mars 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-074

Le Défenseur des droits,

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

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

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

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 3, 5 et 8 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, notamment les articles 3, 19 et 37 ;

Ayant pris connaissance de la requête *M.D. c. France* (n° 57035/18) devant la Cour européenne des droits de l'homme, communiquée au Gouvernement le 6 décembre 2018, soulevant la question de la conformité du placement en rétention administrative d'enfants aux articles 3, 5 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

Autorisé à présenter une tierce-intervention dans la procédure,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Tierce-intervention du Défenseur des droits dans l'affaire *M.D. c. France* (requête n°57035/18)

Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante de la République française créée par la loi organique du 29 mars 2011. L'une de ses cinq missions est la protection des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégés notamment par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (« CIDE »).

A ce titre, depuis plusieurs années, le Défenseur des droits est régulièrement saisi de réclamations individuelles relatives au placement en centre de rétention administrative (« CRA ») d'enfants accompagnant leurs parents. Dans chaque dossier, il mène une instruction impartiale et contradictoire et intervient, le cas échéant, auprès des autorités. La requête *M.D. c. France*, présentement devant votre Cour, est l'une des réclamations dont le Défenseur des droits a été saisi en décembre 2018.

Le placement d'enfants en rétention administrative étant contraire aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant protégés par la CIDE, le Défenseur des droits interpelle régulièrement les autorités françaises sur la nécessité de proscrire cette mesure et de recourir à des mesures alternatives. Il l'a encore fait récemment dans un avis adressé au Parlement et une décision.¹

La présente affaire soulève la question de la conformité du placement en rétention administrative d'un enfant âgé de quatre mois avec sa mère pendant une durée de 11 jours aux articles 3 et 8 de la Convention, interprétés à la lumière de la CIDE. Elle pose également la question de la régularité de la détention des enfants et de l'existence d'un recours effectif à disposition des enfants au regard de l'article 5 § 1 et 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

I. Une augmentation massive du nombre d'enfants placés en rétention administrative

- *L'interdiction du placement d'enfants en rétention administrative inscrite dans la loi mais souffrant de plusieurs dérogations*

En 2016, la France a adopté une nouvelle législation relative à l'enfermement des étrangers dans l'attente de l'exécution d'une mesure de reconduite à la frontière ou d'expulsion. Ainsi, l'article L551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (« CESEDA »), modifié par la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, dispose :

« Dans les cas prévus aux 1° à 7° du I de l'article L. 561-2, l'étranger qui ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au 3° du II de l'article L. 511-1 peut être placé en rétention par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pour une durée de quarante-huit heures.

La décision de placement en rétention ne peut être prise avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter du terme d'un précédent placement prononcé en vue de l'exécution de la même mesure d'éloignement. Toutefois, si le précédent placement en rétention a pris fin après que l'étranger s'était soustrait aux mesures de surveillance dont il faisait l'objet, l'autorité administrative peut décider d'un nouveau placement en rétention avant l'expiration de ce délai.

*Le premier alinéa du présent article n'est pas applicable à l'étranger accompagné d'un mineur, sauf :
1° S'il n'a pas respecté l'une des prescriptions d'une précédente mesure d'assignation à résidence ;*

¹ Avis 18-14 du 17 mai 2018 sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et décision n° 2018-045 du 8 février 2018 ;
https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=24124.

2° Si, à l'occasion de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement, il a pris la fuite ou opposé un refus ;

3° Si, en considération de l'intérêt du mineur, le placement en rétention de l'étranger dans les quarante-huit heures précédant le départ programmé préserve l'intéressé et le mineur qui l'accompagne des contraintes liées aux nécessités de transfert.

Dans les cas énumérés aux 1° à 3°, la durée du placement en rétention est la plus brève possible, eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ. Dans tous les cas, le placement en rétention d'un étranger accompagné d'un mineur n'est possible que dans un lieu de rétention administrative bénéficiant de chambres isolées et adaptées, spécifiquement destinées à l'accueil des familles.

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

Le législateur est ainsi intervenu pour consacrer au niveau législatif l'interdiction de placer en rétention les parents accompagnés de mineurs. Cependant, ainsi que le soulignait le Défenseur des droits dans son avis n°16-02 du 15 janvier 2016, les dérogations prévues à cette interdiction sont telles que cette intervention législative tend davantage à légaliser la pratique de la rétention administrative des mineurs qu'à la prohiber.²

En outre, l'une des dérogations fixées au dernier alinéa de l'article L551-1 n'était pas prévue par la circulaire du 6 juillet 2012.³ Sous couvert de protéger l'intérêt de l'enfant, l'administration peut désormais recourir au placement en rétention de mineurs afin de faciliter l'exécution de la mesure d'éloignement dans des situations où l'intérêt de l'enfant n'est jamais pris en compte de manière suffisante. Cette dérogation a entraîné un recours plus systématique au placement en rétention, comme le craignait Défenseur des droits.

De plus, le législateur a étendu, en novembre 2016, la possibilité pour les préfets d'utiliser des locaux de rétention administrative (« LRA »), où les conditions sont encore plus défavorables aux familles.

- *Des chiffres révélant une augmentation massive du nombre d'enfants placés en rétention administrative avec leurs parents*

Selon les chiffres disponibles, en 2012, 99 enfants avaient été placés en rétention en métropole, le nombre ayant notablement chuté en 2013 (41 enfants) et 2014 (45 enfants), pour remonter à partir de 2015 (105 enfants) et atteindre, en 2016, le nombre de 182 enfants.⁴

En 2017, le nombre d'enfants placés en rétention administrative en métropole a atteint le chiffre record de 301, soit presque autant que durant les années 2012, 2013, 2014 et 2015 réunies. Pour l'année 2018, 103 familles pour 191 enfants ont fait l'objet d'un tel placement.

Ces chiffres ne comprennent pas les enfants placés en zone d'attente, ni la situation des enfants à Mayotte.

Le Défenseur des droits a, quant à lui, été saisi, durant l'année 2017, de la situation de 21 familles avec enfants, retenues en centre de rétention administrative. En 2018, le nombre de saisines s'élevait à 17.

La multiplication des placements en rétention de familles avec enfants semble avoir été dictée essentiellement par des considérations administratives, selon lesquelles il est plus facile de

² Défenseur des droits, Avis 16-02 du 6 janvier 2016. Voir également Avis 18-14 du 17 mai 2018 précité.

³ Circulaire du ministre de l'Intérieur, Mise en œuvre de l'assignation à résidence prévue à l'article L561-2 du CESEDA, en alternative au placement des familles en rétention administrative sur le fondement de l'article L.551-1 du même code, 6 juillet 2012, NOR INTK 1207283C.

⁴ Ce constat est partagé par le CGLPL ; Avis du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative.

reconduire des personnes retenues de façon contrainte (accès facilité aux vols réservés...)⁵ Ainsi, selon les situations soumises au Défenseur des droits, dans bien des cas, le ou les parents et leurs enfants sont interpellés le plus souvent au petit matin puis conduits, après quelques heures passées au commissariat, en rétention, sous escorte policière. Ils passent alors la nuit au sein du centre avant d'en être extraits le lendemain matin pour être conduits à l'aéroport, à nouveau sous escorte policière.

Du 30 octobre au 22 novembre 2017, le Défenseur des droits avait été informé du placement en rétention de 14 enfants au centre de rétention du Mesnil-Amelot, pour des placements de 24 heures, dont l'utilité reste à démontrer dans la mesure où la plupart des familles ont ensuite été libérées, soit par le juge des libertés et de la détention, soit par la préfecture elle-même.

Dans ces circonstances, les enfants se trouvent confrontés à des événements traumatisants, y compris parfois à la violence des interpellations au domicile et à celle de l'embarquement de leurs parents, quelques fois sous contrainte (parents entravés...). Ainsi, en avril 2017, le Défenseur des droits a été saisi de la situation d'une famille avec quatre enfants, interpellée au petit matin par plusieurs unités de gendarmerie. Cette interpellation s'est déroulée au domicile dans des conditions particulièrement difficiles, qui ont provoqué une crise de panique chez l'enfant de 12 ans. Cette crise a nécessité l'intervention des pompiers qui ont alors conduit l'enfant seul à l'hôpital. Il a, par la suite, rejoint sa famille en centre de rétention. La brutalité de la reconduite à la frontière se trouve décuplée par le placement préalable en rétention.

Ainsi les impératifs ou les contraintes de l'administration priment ici sur l'intérêt supérieur des enfants, ce qui est contraire à l'article 3 de la CIDE, aux termes duquel « *[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* »

Le Défenseur des droits déplore aujourd'hui une nette augmentation du recours à la rétention des familles avec enfants, et ce malgré les réformes législatives. Ces réformes comme les 5 arrêts de la Cour du 12 juillet 2016 condamnant la France pour non-respect de la Convention n'ont manifestement pas eu d'effet dissuasif sur cette pratique.

Le Défenseur des droits a donc réitéré avec fermeté son opposition au placement des enfants en centre de rétention ainsi que la nécessité qui incombe au Gouvernement de faire évoluer sa législation et ses pratiques.⁶ Dans un avis adressé sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, regrettant que ni le Gouvernement, ni l'Assemblée nationale ne se soient saisis du projet de loi pour mettre un terme définitif à la rétention des mineurs, il a reformulé sa recommandation tendant à ce que la loi soit modifiée conformément aux obligations internationales de la France pour proscrire, en toutes circonstances, la rétention administrative des enfants.⁷

En effet, ainsi qu'il est développé ci-dessous, la CIDE telle qu'interprétée par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, autorité en charge de veiller au respect de la Convention, prohibe de manière absolue la rétention administrative des enfants, qu'ils soient accompagnés ou non.

⁵ Ce constat est partagé par la CGLPL dans son avis du 9 mai 2018.

⁶ Décision n° 2018-045 du 8 février 2018 relative à la présence d'enfants dans les centres de rétention administrative.

⁷ Avis du Défenseur des droits n° 18-14 sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

II. La rétention administrative des enfants prohibée par la CIDE : un nécessaire alignement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les exigences de la CIDE

- *La rétention administrative des enfants interdite en toutes circonstances par la CIDE*

Le 21 février 2018, à l'occasion des débats sur la réforme du régime d'asile de l'Union européenne, la Présidente du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Renate WINTER, a exhorté les Etats de l'Union européenne à mettre fin à la détention des enfants migrants.⁸ Le droit de l'UE l'autorise actuellement en dernier recours, et si c'est dans l'intérêt supérieur des enfants.

La Présidente du Comité a rappelé que la détention des enfants migrants, qu'ils soient accompagnés ou non, est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une violation de ses droits au regard de la CIDE. Il ne peut y avoir d'exception à ce principe, tant dans les législations que dans les pratiques nationales. La solution doit être trouvée dans le recours aux mesures alternatives à la détention.

Ces principes ainsi rappelés sont déjà inscrits dans la CIDE et les observations du Comité.

Dans ses observations du 16 novembre 2017, le Comité a réaffirmé le droit fondamental de l'enfant à la liberté et le droit de ne pas être placé en détention pour des motifs liés à l'immigration. La détention d'un enfant en raison de son statut migratoire ou de celui de ses parents constitue une violation des droits de l'enfant. Les Etats doivent donc l'interdire dans la loi et dans la pratique.⁹

Sur l'article 37 b) de la CIDE qui autorise le placement en détention d'un mineur en dernier ressort,¹⁰ le Comité est venu clarifier l'interprétation qui doit en être faite ; ces dispositions ne sont pas applicables dans les procédures relatives à l'immigration : « *la possibilité de placer des enfants en détention en tant que mesure de dernier ressort, qui peut s'appliquer dans des contextes tels que la justice pénale des mineurs, n'est pas applicable dans les procédures relatives à l'immigration parce qu'elle entrerait en conflit avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et avec le droit au développement.* »¹¹ Dès lors, on ne saurait s'appuyer sur cet article pour justifier un placement d'enfants en rétention administrative, même en dernier ressort.¹² Le 7 février 2018, le Groupe de travail sur la détention arbitraire de l'ONU est venu lui aussi réaffirmer ce principe : « *The deprivation of liberty of an asylum-seeking, refugee, stateless or migrant child, including unaccompanied or separated children, is prohibited* ». ¹³

- *La rétention administrative des enfants, quelle que soit sa durée, est néfaste pour leur santé et leur développement*

Le Comité des droits de l'enfant rappelle que la détention des enfants – même lorsqu'ils sont détenus pour une courte période ou avec leur famille – a des effets néfastes sur leur santé et leur développement.¹⁴

⁸ UN Child Rights Experts call for EU-wide ban on child immigration detention, 21 février 2018, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22681&LangID=E>.

⁹ Observation générale conjointe, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

¹⁰ Aux termes de l'article 37 b) de la CIDE « *Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible* ».

¹¹ Observation générale conjointe précitée, § 10.

¹² Voir, à cet égard, CEDH, *A.B. et autres c. France*, no 11593/12, § 152, 12 juillet 2016.

¹³ ONU, Working group on arbitrary detention, Revised Deliberation n° 5 on deprivation liberty of migrants, 7 février 2018.

¹⁴ Observation générale conjointe CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

Le Défenseur des droits l'a également souligné dans une décision du 8 février 2018.¹⁵ Les conditions d'enfermement en centre de rétention sont de nature à avoir un effet extrêmement anxiogène sur les enfants : dans les CRA qui sont souvent situés en bordure des pistes d'aéroports, ces derniers sont confrontés à la présence permanente de personnels de police en uniforme, aux conditions carcérales, à la détresse des personnes retenues et aux violences que celle-ci peut engendrer. Ces conditions de rétention entraînent une dégradation de l'état de santé des enfants et ont des conséquences néfastes sur leur développement.

Ces conditions sont précisément celles qui ont été relevées par la Cour dans ses arrêts du 12 juillet 2016 pour constater une violation de l'article 3 de la Convention.¹⁶

De nombreuses études, notamment anglo-saxonnes, ont démontré que l'enfermement, même pour une brève période, entraîne chez l'enfant, quel que soit son âge, des troubles anxieux et dépressifs, des troubles du sommeil, ainsi que, pour les plus petits, des troubles du langage et du développement, tels qu'ils peuvent se manifester lors d'un état de stress post-traumatique.¹⁷

Les résultats d'une étude canadienne ont démontré que la détention des enfants migrants est une expérience extrêmement stressante et potentiellement traumatisante pour eux. Les enfants ont réagi à la détention avec une extrême détresse, de la peur, et une détérioration de leur état physique et psychique. De surcroît, lorsque des enfants et des familles ont déjà subi un traumatisme pré-migratoire important, « l'incarcération » fait émerger les souvenirs des expériences précédentes et peut prolonger les traumatismes. Cette recherche sur les enfants réfugiés a démontré que la santé mentale des enfants diminue proportionnellement à l'accumulation des traumatismes et du stress.¹⁸ Pour ces enfants, leurs parents sont alors perçus comme impuissants, anxieux et dans l'incapacité de les protéger, alors que les adultes évoluant au sein des centres de rétention sont perçus comme extrêmement menaçants, *a fortiori* lorsqu'ils portent l'uniforme. Le désespoir, la frustration, et les sentiments qu'ils éprouvent face à l'impuissance de leurs parents, dans la même situation, peuvent se traduire par des actes de violence auto-infligés (tentatives de suicide et automutilations) ou se manifester par des troubles mentaux et des problèmes de développement.

Cette étude a également démontré que ces effets nuisibles ont été ressentis y compris par des enfants retenus durant de courtes périodes (48 heures par exemple), ce qui suggère que toute rétention, même brève et réalisée dans des conditions matérielles acceptables, est néfaste pour des enfants.

Dans son avis de 2018, la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté (« CGLPL ») partage ce constat. Elle considère que c'est le principe de l'enfermement de ces enfants qui doit être remis en cause, en raison des traumatismes qu'il provoque chez de jeunes enfants et de ses conséquences délétères sur les relations entre parents et enfants, ajoutant : « *L'enfermement des enfants, même pour une courte durée, a nécessairement des conséquences négatives sur eux: plongés dans un univers quasi pénitentiaire, anxiogène, entourés de murs, de grilles et de barbelés, ils sont témoins de tous les actes de la vie du*

¹⁵ Défenseur des droits, Décision n° 2018-045 précitée.

¹⁶ CEDH, *R.M. et autres c. France*, no 33201/11, 12 juillet 2016 ; *A.M. et autres c. France*, no 24587/12, 12 juillet 2016 ; *A.B. et autres c. France*, no 11593/12, 12 juillet 2016 ; *R.K. et autres c. France*, no 68264/14, 12 juillet 2016 ; *R.C. et V.C. c. France*, no 76491/14, 12 juillet 2016.

¹⁷ Voir, par exemple, Farmer, A. (2013), Impact of immigration detention on children, *Forced Migration Review*; Kronick, R., Rousseau, C., Cleveland, J. (2015), *Asylum seeking children's experiences of detention in Canada: A qualitative study*; Australian Human Rights Commission (2014) *The Forgotten Children: National Inquiry into Children in Immigration Detention*.

¹⁸ Kronick, R., Rousseau, C., Cleveland, J. (2015), *Asylum seeking children's experiences of detention in Canada: A qualitative study*.

CRA: rendez-vous à l'infirmier, violences, notification des décisions, transfert de personnes entravées ou menottées, etc. Il ressort des témoignages reçus que nombre des enfants exposés à un tel traitement ont ensuite nourri durablement des angoisses et subi des troubles du sommeil, du langage ou de l'alimentation. »¹⁹ A l'instar du Défenseur des droits, la CGLPL recommande que l'enfermement d'enfants soit interdit dans les CRA et *a fortiori* dans les LRA, seule la mesure d'assignation à résidence pouvant être mise en œuvre à l'égard des familles accompagnées d'enfants.

- *Un nécessaire alignement de la jurisprudence de la Cour sur le niveau de protection exigé par la CIDE*

Selon la jurisprudence constante de la Cour, les Etats contractants sont responsables en vertu de l'article 1^{er} de la Convention de toutes les actions et omissions de leurs organes, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales. Les engagements conventionnels contractés par les Etats tels que la CIDE peuvent donc engager leur responsabilité au regard de cet instrument.²⁰ A cet égard, on constate que l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié la CIDE.

La Cour rappelle par ailleurs que la Convention ne doit pas être interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international. En vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de « *toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* », en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme.²¹ En matière d'enlèvement international d'enfants, par exemple, la Cour examine les obligations de l'article 8 à la lumière des exigences posées par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980²² et la CIDE.²³

La Cour ajoute qu'en assumant de nouvelles obligations internationales, les Etats ne sont pas supposés vouloir se soustraire à celles qu'ils ont précédemment souscrites. Quand plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur. Dans la présente affaire, la Convention comme la CIDE ne se contredisent pas mais tendent au contraire vers un même objectif : garantir la protection des mineurs.

Certes, la Convention ne contient pas de dispositions spécifiques aux droits de l'enfant ; cependant, la Cour considère qu'en tant que sujet juridique, l'enfant peut se prévaloir de l'ensemble des droits consacrés par la Convention ; par ailleurs, comme indiqué précédemment, elle interprète la Convention à l'aune des engagements internationaux de l'Etat mis en cause, notamment la CIDE, qui est le texte de référence pour la protection des droits de l'enfant.

¹⁹ Avis précité. Voir également CNCDH, avis du 1er avril 2018 relatif à la privation de liberté des mineurs.

²⁰ CEDH, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, no 61498/08, § 128, CEDH 2010 ; *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], no 45036/98, CEDH 2005-VI, § 154 ; *Khan c. France*, n°12267/16, 28 février 2019.

²¹ Voir, par exemple, CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A no 18 ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 131, CEDH 2010 ; *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, § 169, CEDH 2012.

²² CEDH, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, no 56673/00, § 51, CEDH 2003-V ; *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, no 31679/96, § 95, CEDH 2000-I.

²³ Par exemple, CEDH, *Maumousseau et Washington c. France*, no 39388/05, 6 décembre 2007, et *Neulinger et Shuruk*, précité, § 132.

Dès lors, dans le cadre de l'examen des affaires relatives à la rétention administrative des enfants, la Cour devrait interpréter la Convention à l'aune des exigences de la CIDE, aligner sa jurisprudence sur ces exigences et prohiber le recours à cette mesure, que ce soit sous l'angle des articles 3 et 8 ou de l'article 5 de la Convention. Ce positionnement de la Cour garantirait ainsi aux enfants une protection de même niveau.

Cet alignement jurisprudentiel s'avère d'autant plus justifié eu égard aux prises de position de plusieurs instances européennes : en premier lieu, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui condamne le recours à la rétention administrative : « *Malgré des améliorations dans la législation et la pratique de certains pays européens, des dizaines de milliers d'enfants migrants finissent encore chaque année en rétention. Cette pratique est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une violation manifeste de ses droits.* »²⁴ Estimant urgent de mettre fin au placement en rétention d'enfants migrants, l'Assemblée a appelé les Etats membres à prendre des mesures, notamment en vue de reconnaître qu'il n'est jamais dans l'intérêt supérieur d'un enfant d'être placé en rétention en raison de son statut ou de celui de ses parents au regard de la législation sur l'immigration, et de s'abstenir de placer en rétention administrative des mineurs non accompagnés ou séparés.²⁵

Ces recommandations sont également partagées par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe.²⁶ Le 31 janvier 2017, à l'occasion de la présentation de son plan en cinq points pour supprimer la détention des migrants, il affirmait : « *il n'existe aucune circonstance dans laquelle la détention d'un enfant du fait de son statut de migrant, qu'il soit isolé ou accompagné de sa famille, pourrait être décidée dans son intérêt supérieur. La suppression totale de la détention des migrants mineurs devrait être une priorité pour tous les États.* »²⁷

Egalement opposé au placement en rétention administrative des enfants, le Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés du Conseil de l'Europe considère que « *l'absence d'alternatives à la rétention constitue l'un des problèmes structurels les plus néfastes qui affectent les enfants* » et il convient d'y remédier de toute urgence.²⁸

De même, récemment, dans une résolution du 3 mai 2018, le Parlement de l'Union européenne a rappelé que les enfants « *ne peuvent être placés en rétention dans le cadre des procédures d'immigration* » et a invité les États membres « *à héberger tous les enfants et les familles avec enfants dans des logements implantés dans des structures de proximité, où ils ne sont pas privés de liberté, pendant l'examen de leur statut d'immigration* ».²⁹

III. La non-conformité de la rétention administrative des enfants aux articles 3 et 8 de la Convention

Dans l'arrêt *Popov c. France*, la Cour a estimé que le placement dans un centre de rétention administrative d'enfants en bas âge avec leurs parents durant quinze jours constituait un traitement contraire à l'article 3 de la Convention et une atteinte aux droits à la liberté et à la

²⁴ APCE, Résolution 2020 (2014), Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants.

²⁵ Voir également la Campagne parlementaire pour mettre fin à la rétention d'enfants migrants.

²⁶ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Rapport sur la France, 2014.

²⁷ Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, janvier 2017.

²⁸ Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés, SG/Inf(2017)13.

²⁹ Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur la protection des enfants migrants (2018/2666(RSP)).

sûreté et au respect de la vie familiale (articles 5 et 8 de la Convention).³⁰ La Cour a de nouveau condamné la France dans 5 autres arrêts le 12 juillet 2016.³¹

L'article 3 de la Convention prohibe de manière absolue la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Dans *A.B. et autres c. France*, la Cour rappelle que dans les affaires de placement en rétention d'enfants étrangers accompagnés, la violation de l'article 3 de la Convention résulte de la conjonction de trois facteurs : le bas âge des enfants, la durée de leur rétention et le caractère inadapté des locaux à la présence d'enfants.

La Cour n'a de cesse de rappeler que le fait que les enfants soient accompagnés par leurs parents en rétention n'exempte pas les autorités de leur obligation de protéger l'enfant et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention et que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant doit être déterminante et prédominer sur la qualité d'étranger en séjour irrégulier.

Concernant les conditions de rétention administrative des enfants, la Cour tient compte d'un certain nombre d'éléments, notamment : l'intensité des nuisances sonores provenant des pistes d'aéroport, les contraintes inhérentes au lieu privatif de liberté qui sont particulièrement lourdes pour l'enfant, les conditions d'organisation du centre qui peuvent avoir un effet anxiogène sur celui-ci, le côtoiement quotidien des policiers armés en uniforme, les annonces permanentes délivrées par les haut-parleurs du centre, la souffrance morale et psychique des parents ne permettant pas à l'enfant de prendre la distance indispensable.³²

Le Défenseur des droits constate que ces éléments sont quasiment systématiquement réunis dans les conditions actuelles de rétention administrative en France.

Par ailleurs, eu égard à de telles conditions, le fait que le centre de rétention administrative soit habilité et aménagé pour recevoir des familles n'est pas suffisant pour satisfaire aux exigences de l'article 3.³³ Il est *a fortiori* permis de s'interroger sur la conformité à cet article du placement de familles dans les LRA³⁴.

Bien que cette jurisprudence issue de l'arrêt *Popov* ait constitué une avancée significative dans la prohibition de l'enfermement des enfants migrants, le placement d'enfants en rétention administrative ne peut être qualifié de traitement inhumain ou dégradant au regard de l'article 3 que si un certain nombre d'éléments sont réunis dans le cas d'espèce. Or, comme indiqué plus haut, dès lors que cette mesure est jugée contraire aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant tels que garantis par la CIDE,³⁵ la jurisprudence de la Cour devrait nécessairement tendre vers une condamnation absolue de la rétention administrative des enfants migrants sous l'angle de l'article 3.

³⁰ CEDH, *Popov c. France*, nos 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012.

³¹ CEDH, *R.M. et autres c. France*, no 33201/11, 12 juillet 2016 ; *A.M. et autres c. France*, no 24587/12, 12 juillet 2016 ; *A.B. et autres c. France*, no 11593/12, 12 juillet 2016 ; *R.K. et autres c. France*, no 68264/14, 12 juillet 2016 ; *R.C. et V.C. c. France*, no 76491/14, 12 juillet 2016.

³² Voir à cet égard *R.M. et autres c. France*, no 33201/11, 12 juillet 2016 ; *A.M. et autres c. France*, no 24587/12, 12 juillet 2016 ; *A.B. et autres c. France*, no 11593/12, 12 juillet 2016 ; *R.K. et autres c. France*, no 68264/14, 12 juillet 2016 ; *R.C. et V.C. c. France*, no 76491/14, 12 juillet 2016.

³³ Voir par exemple CEDH, *R.M. et autres c. France*, no 33201/11, 12 juillet 2016, §§ 73-76.

³⁴ Décret n° 2016-1457 du 28 octobre 2016 pris pour l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière - NOR: INTV1618871D – article 26.

³⁵ Voir également le rapport A/HRC/28/68, § 80, où le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a affirmé que « *dans le contexte de la répression administrative de l'immigration [...] la privation de liberté des enfants fondée sur le statut migratoire de leurs parents n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne répond pas à une nécessité, devient excessivement disproportionnée et peut constituer un traitement cruel, inhumain ou dégradant des enfants migrants* ».

La rétention administrative des familles peut également constituer une atteinte au droit au respect d'une vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la Convention, si cette mesure n'est pas prévue par la loi, ne poursuit pas un but légitime ou si elle n'est pas proportionnée aux objectifs poursuivis. Sur le respect du principe de proportionnalité, la Cour prend en compte quatre éléments pour conclure à la violation de l'article 8 : - l'existence d'un risque particulier de fuite ; - l'impossibilité de mettre en place une mesure alternative à la rétention moins coercitive ; - la mise en œuvre par les autorités de diligences nécessaires pour limiter le temps d'enfermement ; et – la prise en compte par les autorités de l'intérêt supérieur de l'enfant.³⁶ Dans l'affaire *R.K. et autres c. France*, par exemple, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en considérant, d'une part, que le refus des requérants d'embarquer dans l'avion devant les ramener dans leur Etat d'origine ne pouvait suffire à caractériser la réalité du risque de fuite et l'impossibilité de trouver une solution alternative à la rétention. D'autre part, la Cour note que les autorités n'ont pas mis en œuvre toutes les diligences nécessaires pour limiter le temps d'enfermement.³⁷

Bien que cette jurisprudence issue de l'arrêt *Popov* ait constitué une avancée significative dans la prohibition de l'enfermement des enfants migrants, le placement d'enfants en rétention administrative ne constitue une atteinte au droit au respect de la vie familiale que si un certain nombre d'éléments sont réunis dans le cas d'espèce. Or, comme indiqué plus haut, dès lors que cette mesure est jugée contraire aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant tels que garantis par la CIDE,³⁸ la jurisprudence de la Cour devrait nécessairement tendre vers une condamnation de la rétention administrative des enfants sous l'angle de l'article 8 de la Convention. Dès lors qu'il existe en France la possibilité de recourir à des mesures alternatives telles que l'assignation à résidence, l'enfermement des enfants ne peut être considéré ni légitime, ni proportionné aux buts poursuivis par les autorités.

IV. La non-conformité de la rétention administrative des enfants à l'article 5 de la Convention

L'article 5 de la Convention a pour but de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire.³⁹ Dès lors, afin qu'une détention soit conforme à la Convention, celle-ci doit relever d'une des exceptions prévues aux alinéas a) à f) de l'article et être régulière tant au regard du droit interne que de la Convention.⁴⁰ Pour qu'une détention se concilie avec l'article 5 § 1 f), la Cour rappelle qu'il suffit qu'une procédure d'expulsion soit en cours et que la détention soit effectuée aux fins de son application.⁴¹ En outre, un lien doit exister entre le motif invoqué pour la privation de liberté, le lieu et le régime de détention, et la durée de la détention doit être raisonnable pour atteindre le but poursuivi.⁴² Pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mesure doit également être mise en œuvre de bonne foi par les autorités.⁴³

Dans le cadre de ce contrôle, la Cour tient compte de la législation nationale applicable. Bien que la réforme de 2016 soit intervenue, il convient de rappeler qu'aux termes des articles L511-

³⁶ Voir notamment *Popov c. France*, n° 39472/07 & 39474/07, 19 janvier 2012 ; *A.B. et autres c. France*, n°11593/12, 12 juillet 2016.

³⁷ CEDH, *R.K. et autres c. France*, n°68264/14, 12 juillet 2016, §115.

³⁸ Voir également le rapport A/HRC/28/68, § 80, où le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants a affirmé que « dans le contexte de la répression administrative de l'immigration [...] la privation de liberté des enfants fondée sur le statut migratoire de leurs parents n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ne répond pas à une nécessité, devient excessivement disproportionnée et peut constituer un traitement cruel, inhumain ou dégradant des enfants migrants ».

³⁹ CEDH, *McKay c. Royaume-Uni* [GC], no 543/03, § 30, CEDH 2006-X.

⁴⁰ *Popov*, précité, § 118 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, no 13178/03, § 96, CEDH 2006-XI.

⁴¹ *Popov*, précité, §116.

⁴² *Popov*, précité, §118

⁴³ *Rahimi c. Grèce*, no 8687/08, § 106, 5 avril 2011.

4 et L521-4 du CESEDA, l'étranger mineur ne peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire ou d'une mesure d'expulsion. La Cour examine également si les autorités ont recouru à la mesure ultime de rétention administrative après avoir vérifié concrètement qu'aucune autre, moins attentatoire à la liberté, ne pouvait être mise en œuvre. Il s'agit ici de contrôler *in concreto* si une mesure alternative a été effectivement envisagée et les motifs pour lesquels celle-ci n'a pas été mise en place.

Aux termes de l'article 5 § 4 de la Convention, toute personne arrêtée ou détenue a le droit de faire examiner la régularité de sa privation de liberté par un juge.⁴⁴ Cela suppose un contrôle juridictionnel disponible et rapide, susceptible de conduire à sa remise en liberté en cas de constat d'irrégularité.⁴⁵ Comme dans *Popov c. France*, et malgré la réforme de 2016, les mineurs ne font pas l'objet d'un arrêté de placement en rétention et ne peuvent pas exercer le recours exigé à l'article 5 § 4.⁴⁶ Ils ne se voient donc pas garantir la protection requise par la Convention. Dans ces circonstances, la Cour vérifie dans chaque cas d'espèce si les juridictions saisies du recours exercé par les parents ont, de manière effective, pris en compte la situation de l'enfant et recherché si une autre mesure moins coercitive que la rétention de la famille était possible.⁴⁷

La jurisprudence de la Cour devrait cependant tenir compte des dispositions de la CIDE, telles qu'interprétées par le Comité des droits de l'enfant. Comme indiqué précédemment, l'article 37 b) de la CIDE - qui établit le principe général selon lequel la privation de liberté d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible – ne saurait s'appliquer dans les procédures relatives à l'immigration. Le Comité l'a rappelé dans ses observations du 16 novembre 2017, soulignant qu'une telle mesure serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.⁴⁸

Dès lors, l'article 5 de la Convention ne devrait plus être interprété de manière à permettre le placement en rétention administrative des enfants, accompagnés ou non, d'autant qu'il existe aujourd'hui des mesures alternatives à la rétention. Ainsi, en France, la mesure d'assignation à résidence permet d'éviter un tel placement.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

⁴⁴ *Rahimi*, précité, §113.

⁴⁵ *Mubilanzila*, précité, § 112.

⁴⁶ *Popov*, précité, § 124. Voir également *A.B. et autres, R.M. et autres, A.M. et autres, R.K. et autres*, précités.

⁴⁷ Voir, par exemple, *A.B. et autres*, précité.

⁴⁸ Observation générale conjointe, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017. Voir également ONU, Working group on arbitrary detention, Revised Deliberation n° 5, précité.