

Paris, le 7 janvier 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-002

La Défenseure 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, en particulier les articles 3, 5 et 8 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Ayant pris connaissance de la requête *A.C. et M.C. c. France* (requête n° 4289/21) soulevant la question de la conformité du placement en rétention administrative d'une mère et de son enfant âgé de 7 mois, pendant 8 jours, avec les articles 3, 5 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

Autorisée à intervenir dans la procédure en qualité de tiers-intervenant,

Décide de présenter des observations devant la Cour.

Claire HÉDON

**Tierce-intervention du Défenseur des droits devant la Cour européenne des
droits de l'homme dans la procédure A.C. et M.C c. France
(requête n° 4289/21)**

La requête *A.C. et M.C c. France* porte sur la question de la conformité du placement en rétention administrative d'une mère et de son enfant âgé de 7 mois, pendant 8 jours, avec les articles 3, 5 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention).

Au titre de sa mission de défense des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Défenseur des droits est saisi de réclamations individuelles relatives au placement en centre de rétention administrative (CRA) d'enfants accompagnant leurs parents. Cette problématique est toujours au cœur des préoccupations de l'institution.

Depuis plusieurs années, le Défenseur des droits interpelle les autorités sur la nécessité de se conformer à la jurisprudence de la Cour¹ et aux exigences de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), d'interdire en toutes circonstances le placement en rétention administrative et de recourir à des mesures alternatives. Il intervient auprès des préfets ainsi que devant les juridictions en leur adressant, en qualité d'*amicus curiae*, des observations dans le cadre de recours exercés contre les mesures de placement en rétention². Aussi, le Défenseur des droits appelle régulièrement les autorités à faire évoluer la législation et les pratiques.³

Par les présentes observations, le Défenseur des droits souhaite apporter à la Cour un éclairage complémentaire sur les principes et les questions soulevés par les requêtes ainsi que sur l'état du droit et des pratiques en s'appuyant sur les réclamations individuelles qu'il examine et les travaux qu'il produit.

I. Un recours persistant au placement en rétention administrative d'enfants accompagnant les parents

- *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 L. 741-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) dispose :

« L'étranger mineur de dix-huit ans ne peut faire l'objet d'une décision de placement en rétention. Il ne peut être retenu que s'il accompagne un étranger placé en rétention dans les conditions prévues au présent article. L'étranger accompagné d'un mineur ne peut être placé en rétention que dans les cas suivants :

1° L'étranger n'a pas respecté l'une des prescriptions d'une précédente mesure d'assignation à résidence ;

2° A l'occasion de la mise en œuvre de la décision d'éloignement, l'étranger a pris la fuite ou opposé un refus ;

¹ *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012 et les arrêts du 12 juillet 2016 et 21 juillet 2021.

² Voir par exemple décisions n° 2020-218 du 23 octobre 2020, n° 2019-156 du 14 juin 2019, n° 2019-116 du 24 avril 2019.

³ Avis n° 18-09 du 15 mars 2018 et 16-02 du 6 janvier 2016 ; décision n° 2018-045 du 8 février 2018.

3° 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.

La durée de rétention d'un étranger accompagné d'un mineur 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 est une considération primordiale pour l'application de la présente section. »

En 2016, le législateur est ainsi intervenu pour consacrer au niveau législatif l'interdiction de placer en rétention les parents accompagnés de mineurs. Cependant, ainsi que l'a déjà souligné le Défenseur des droits dans ses avis au Parlement et dans ses décisions, les dérogations prévues à ce principe d'interdiction sont devenues telles que cette modification législative a finalement eu davantage pour effet de légaliser la pratique de la rétention administrative des mineurs que de la prohiber.⁴

Ainsi, loin de réduire le nombre d'enfants retenus, les dispositions de la loi permettent de recourir au placement en rétention de familles afin de faciliter, pour l'administration, l'exécution de la mesure d'expulsion dans des situations où l'intérêt de l'enfant n'est jamais pris en compte de manière suffisante.

- Des chiffres révélant une hausse croissante du nombre d'enfants placés en rétention administrative

Le Défenseur des droits constate que l'intervention du législateur en 2016 n'a pas emporté d'effets suffisamment dissuasifs.⁵ Malgré les condamnations de la France par la Cour, les placements en CRA de familles ont fait l'objet d'une augmentation, comme en témoignent les statistiques issues du rapport inter-associatif de 2020 « Centres et locaux de rétention administrative » :⁶

Métropole	2020	2019	2018	2017	2016 ⁷	2015	2012 ⁸
Nombre de familles (nombre d'enfants) ⁹	64 (122)	136 (279)	114 (208)	147 (304)	87 (182)	51 (105)	52 (99)

Selon ce même rapport, si le nombre d'enfants enfermés en 2020 a chuté par rapport à l'année précédente, leur proportion sur l'ensemble des placements en rétention demeure similaire. En outre, la pandémie de covid-19 qui sévit depuis le début de l'année 2020 et les mesures sanitaires qui ont été prises pour lutter contre la circulation du virus peuvent expliquer cette baisse.

S'agissant de la situation à Mayotte, qui fait écho à l'arrêt *Moustahi c. France* du 25 juin 2020, ce même rapport fait état de 2 044 enfants enfermés. Les informations recueillies par le Défenseur des droits en décembre dernier auprès d'une association intervenant au sein du CRA révèlent également des éléments préoccupants sur la pratique du rattachement arbitraire d'enfants à un tiers. Le nombre de situations de mineurs rattachés à des adultes sans lien de parenté, et dont l'association a eu connaissance durant ses permanences,

⁴ Avis 16-02 du 6 janvier 2016 et avis 18-14 du 17 mai 2018.

⁵ Décision 2020-218 précitée.

⁶ Rapport inter-associatif, Centres et locaux de rétention administrative, 2020.

⁷ Année des autres arrêts condamnant la France.

⁸ Année de l'arrêt *Popov*.

⁹ Ces chiffres ne comprennent pas les enfants placés en zone d'attente, ni la situation à Mayotte.

s'élevait à 84 en 2020 et à 56 en 2021.¹⁰ L'association précise en effet que « *Lorsque les mineurs retenus ont été interpellés en mer (entrée par voie des petites barques dites Kwassakwassa), nous n'avons pas la possibilité d'intervenir car la préfecture rattache systématiquement les enfants aux personnes accompagnatrices présentes dans les barques. Ceci selon la préfecture, pour éviter tout mineur non accompagné qui serait débarqué et laissé sans représentant légal sur le territoire mahorais* ».

Régulièrement informé par les associations de placements d'enfants en rétention, le Défenseur des droits a de nouveau exprimé ses préoccupations à cet égard auprès du Parlement cette année.¹¹ Il a recommandé aux autorités de faire évoluer la législation, conformément à la CIDE, pour proscrire, en toutes circonstances, le placement de familles avec enfants en CRA et en zone d'attente.

En 2020, le Défenseur des droits a saisi à trois reprises les préfets compétents, et sur l'une de ces situations, il est intervenu en qualité d'*amicus curiae* devant la cour d'appel de Paris¹², qui n'a pas statué dans la mesure où elle a déclaré l'appel des requérants irrecevable.

En outre, à deux reprises en 2020 et en 2021, le Défenseur des droits a constaté avec préoccupation le refus des autorités préfectorales d'appliquer les mesures provisoires indiquées à la France par la Cour au titre de l'article 39 du règlement.¹³ Une famille a ainsi été éloignée vers son pays d'origine malgré la demande de libération de la Cour et une autre a pu être libérée à la suite d'une décision du juge des libertés et de la détention, qui a considéré que les mesures provisoires s'imposaient à la France.

Le Défenseur des droits constate que la multiplication des placements en rétention de familles avec enfants semble souvent dictée par des considérations administratives, selon lesquelles il est plus facile de reconduire des personnes retenues de façon contrainte (accès facilité aux vols réservés...). Ainsi, selon les situations traitées depuis plusieurs années, 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.

A titre d'exemple, le Défenseur des droits avait été informé du placement en rétention de 14 enfants du 30 octobre au 22 novembre 2017 au CRA 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.

Les enfants se trouvent ainsi confrontés à des événements traumatisants, y compris parfois à la violence des interpellations au domicile et à celle de l'embarquement de leurs parents, parfois 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

¹⁰ Informations recueillies auprès de l'association Mlézi Maoré, courrier du 24 décembre 2021.

¹¹ Avis 21-08 sur le projet de loi relatif à la protection des enfants. Entendu, en juin 2020, sur une proposition de loi visant à encadrer strictement la rétention administrative des familles avec mineurs, il a également réitéré son opposition de principe à l'enfermement des enfants du seul fait du statut migratoire de leurs parents. La proposition de loi a été abandonnée depuis.

¹² Décision 2020-218 précitée.

¹³ Voir également rapport inter-associatif, Centres et locaux de rétention administrative, 2020, p.18.

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 accentuée par le placement préalable en rétention qui résulte du choix de faire primer les contraintes de l'administration sur l'intérêt supérieur des enfants.

En conclusion, le Défenseur des droits déplore encore aujourd'hui le recours à la rétention des familles avec enfants, et ce malgré les réformes législatives. Il rappelle avec fermeté son opposition au placement des enfants en CRA ainsi que la nécessité qui incombe au gouvernement de faire évoluer la législation et les pratiques.¹⁴ 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 le Parlement n'aient saisi cette occasion pour mettre un terme définitif à la rétention des mineurs, il a réitéré 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 mineurs.¹⁵ 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 cette Convention, prohibe la rétention administrative des enfants, qu'ils soient accompagnés ou non.

Cette position est partagée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL).¹⁶

Par ailleurs, il est important de constater que malgré le contexte d'urgence sanitaire résultant de la pandémie de COVID-19 en 2020, le gouvernement a fait le choix de poursuivre l'enfermement des étrangers en situation irrégulière en CRA, y compris durant les périodes de confinement au cours desquelles les reconduites étaient impossibles, et au risque d'accroître la vulnérabilité des personnes retenues et de créer un danger pour leur vie ainsi que celle du personnel du centre. En l'absence de perspective d'éloignement ou de refolement dans un délai raisonnable et au vu des conditions de protection insuffisantes relevées au sein des CRA, le Défenseur des droits a saisi le ministre de l'Intérieur pour indiquer que le maintien d'étrangers dans ces lieux n'avait plus de base légale et pour demander qu'il soit procédé à leur fermeture immédiate, dans l'attente de l'amélioration du contexte sanitaire en France. Il a présenté ces mêmes observations devant le Conseil d'État saisi de la question et a également adressé des recommandations au ministre de l'Intérieur.¹⁷ Les CRA sont néanmoins restés partiellement ouverts.

II. La conformité de la rétention administrative des enfants avec la Convention

- Une mesure susceptible de constituer un traitement contraire à l'article 3

Dans les arrêts *Moustahi c. France* du 25 juin 2020 et *M.D. et A.D. c. France* du 22 juillet 2021, qui ont donné lieu au constat de plusieurs violations de la Convention dont l'article 3,

¹⁴ Décision n° 2018-045 du 8 février 2018 relative à la présence d'enfants dans les centres de rétention administrative ; <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2018/02/le-defenseur-des-droits-sindigne-de-la-hausse-des-placements-de>; <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2018/03/hausse-des-placements-denfants-en-centres-de-retention-administrative>.

¹⁵ Avis du Défenseur des droits n° 18-14.

¹⁶ CGLPL, avis du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative.

¹⁷ Décisions n° 2020-082 et 2020-096.

la Cour a rappelé que la rétention administrative des mineurs soulève des problèmes particuliers dans la mesure où les enfants, qu'ils soient accompagnés ou non, sont extrêmement vulnérables et appellent une prise en charge spécifique compte tenu de leur âge et de leur absence d'autonomie.

Soulignant que leur situation prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal, elle considère que les Etats ont une obligation de protection à leur égard et qu'ils doivent adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives résultant de l'article 3 de la Convention.¹⁸

Depuis 2012, la Cour a condamné l'Etat français à huit reprises pour le placement en rétention administrative d'enfants, récemment le 22 juillet 2021.¹⁹

Pour examiner la conformité des conditions de rétention des enfants à l'article 3 de la Convention qui prohibe de manière absolue la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, la Cour prend en compte des critères d'appréciation tels que : l'âge des enfants, la durée de rétention, leur état de santé et le caractère adapté des locaux à la présence d'enfants.²⁰

S'agissant des conditions matérielles de rétention, la Cour tient compte des contraintes inhérentes au lieu privatif de liberté qui sont particulièrement lourdes pour l'enfant, les conditions d'organisation du CRA qui ont nécessairement un effet anxiogène sur celui-ci, le côtoiement quotidien des policiers armés en uniforme, l'intensité des nuisances sonores provenant des pistes d'aéroport à proximité ainsi que les annonces permanentes délivrées par les haut-parleurs du centre, et la souffrance morale et psychique des parents ne permettant pas à l'enfant de prendre la distance indispensable.²¹ La Cour considère qu'au-delà d'une « *brève période d'enfermement* », « *la répétition et l'accumulation de ces agressions psychiques et émotionnelles ont nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge, dépassant le seuil de gravité* » de l'article 3 de la Convention.

La Cour estime en outre que le comportement du parent, comme le refus de la première requérante d'embarquer, n'est pas déterminant quant à la question de savoir si le seuil de gravité prohibé est franchi à l'égard de l'enfant mineur.

Le Défenseur des droits observe que les conditions actuelles de rétention administrative en France sont très souvent celles constatées par la Cour dans ses arrêts. Le fait que le CRA soit habilité et aménagé pour recevoir des familles n'est donc pas suffisant au regard de l'article 3. En effet, ces aménagements consistent souvent à placer les familles à l'écart des hommes seuls, à prévoir un espace en plein air et à mettre à disposition du matériel de puériculture.

A de multiples reprises, dans ses dossiers, le Défenseur des droits a constaté que le placement en rétention des enfants entraînait une dégradation de leur état de santé et avait des conséquences néfastes sur leur développement futur.

De nombreuses études, notamment anglo-saxonnes, ont démontré que même pour une brève période, l'enfermement entraîne chez l'enfant des troubles anxieux et dépressifs, des

¹⁸ *Moustahi c. France*, no 9347/14, §54, 25 juin 2020.

¹⁹ *Popov c. France*, nos 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012 ; arrêts du 12 juillet 2016, *R.M. et autres c. France*, no 33201/11 ; *A.M. et autres c. France*, no 24587/12 ; *A.B. et autres c. France*, no 11593/12 ; *R.K. et autres c. France*, no 68264/14 ; *R.C. et V.C. c. France*, no 76491/14 ; *Moustahi*, précité ; *M.D. et A.D. c. France*, no 57035/18, 22 juillet 2021.

²⁰ *Ibid*, *Moustahi* précité.

²¹ *Supra* 31.

troubles du sommeil, ainsi que des troubles du langage et du développement, tels qu'ils peuvent se manifester lors d'un état de stress post-traumatique.²² Selon les résultats d'une étude canadienne, la détention des enfants migrants est une expérience 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.²³ 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.

Cette étude relève des taux élevés de détresse émotionnelle chez les enfants « détenus », une anxiété significative, y compris l'anxiété due à la peur de la séparation, des phénomènes de mutisme, et des symptômes post-traumatiques évidents. Certaines familles ont rapporté que les symptômes déclenchés par la détention avaient persisté pendant des mois. Des effets durables sur le comportement social des enfants, notamment à l'école et, dans certains cas, sur leur développement ont été notés. L'étude s'est attachée à démontrer 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 nuisible pour des enfants.

Le CGLPL dresse le même constat dans son avis du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en CRA.²⁴

Le Comité des droits de l'enfant rappelle lui aussi 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.²⁵

Eu égard à sa jurisprudence, aux conditions de rétention administrative et leurs conséquences sur les enfants, la Cour sera dès lors souvent amenée à constater une violation de l'article 3 de la Convention dans les requêtes dont elle est saisie, et *a fortiori* si elle interprète la Convention à la lumière des exigences de la CIDE, comme le Défenseur des droits l'y invite à le faire plus loin dans ses observations.

- Une mesure susceptible d'être contraire à l'article 5

L'article 5 de la Convention a pour but de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire.²⁶ 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.²⁷ 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 celle-ci soit effectuée aux fins de son application. 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

²² 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.

²³ Kronick, R., Rousseau, C., Cleveland, J. (2015). 'Asylum seeking children's experiences of detention in Canada: A qualitative study.' The American Journal of Orthopsychiatry.

²⁴ CGLPL, avis du 9 mai 2018 précité.

²⁵ Observation générale conjointe CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

²⁶ *McKay c. Royaume-Uni* [GC], no 543/03, § 30, CEDH 2006-X.

²⁷ *Popov*, précité, § 118 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, no 13178/03, § 96, CEDH 2006-XI.

être raisonnable pour atteindre le but poursuivi.²⁸ Pour ne pas être taxée d'arbitraire, la mesure doit également être mise en œuvre de bonne foi par les autorités.²⁹

Pour examiner la régularité de la détention de mineurs, la Cour tient compte tout d'abord de la législation nationale applicable. Or, en France, en application des articles L611-3 et L631-4 du CESEDA, l'étranger mineur ne pouvant faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire ou d'une mesure d'expulsion, il ne peut être placé en rétention administrative en vue de son éloignement.³⁰ Dans *R.K. et autres c. France*, la Cour constatait qu'aucune disposition interne ne prévoit qu'il puisse être soumis à un arrêté de placement en rétention en vue de son éloignement. L'arrêté n'est pris qu'à l'encontre des parents et non à l'encontre des enfants les accompagnant.³¹ Il y a donc lieu de s'interroger sur l'existence d'une base légale interne suffisante.

La Cour examine également si les autorités ont recouru à cette mesure ultime 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.³² Cela suppose un contrôle juridictionnel disponible et rapide, susceptible de conduire à sa remise en liberté en cas de constat d'irrégularité.³³ Dans *Popov c. France*, la Cour a déjà constaté que les mineurs ne pouvant faire l'objet d'un placement en rétention au regard du droit interne, tombent dans un « vide juridique », qui ne leur permet pas d'exercer le recours exigé à l'article 5 § 4.³⁴ Elle en a conclu qu'ils ne s'étaient pas vu garantir la protection requise par la Convention. Cependant, depuis les arrêts du 12 juillet 2016, la Cour semble avoir nuancé sa jurisprudence en décidant d'examiner, 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.³⁵ Dans l'arrêt *M.D. et A.D.* du 22 juillet 2021, la Cour a rappelé à nouveau les obligations du juge quant à l'effectivité de son contrôle au regard de l'article 5, avant de constater, en l'espèce, les manquements des tribunaux et la violation de la Convention.³⁶

Le Défenseur des droits est d'avis que la jurisprudence de la Cour relative à l'article 5 de la Convention devrait tenir compte des dispositions de la CIDE, telles qu'interprétées par le Comité des droits de l'enfant. Comme indiqué plus loin, 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.³⁷ Par ailleurs, 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*

²⁸ *Popov*, précité, § 116, 118.

²⁹ *Rahimi c. Grèce*, no 8687/08, § 106, 5 avril 2011.

³⁰ Voir également *Popov*, § 32.

³¹ *R.K. et autres c. France*, no 68264/14, §§ 82-83, 12 juillet 2016.

³² *Rahimi*, précité, §113.

³³ *Mubilanzila*, précité, § 112.

³⁴ *Popov*, précité, § 124. Voir également *A.B. et autres*, *R.M. et autres*, *A.M. et autres*, *R.K. et autres*, précités.

³⁵ Voir, par exemple, *A.B. et autres*, précité.

³⁶ Arrêt précité, §§ 99-103.

³⁷ Observation générale conjointe CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

liberty of an asylum-seeking, refugee, stateless or migrant child, including unaccompanied or separated children, is prohibited ». ³⁸

Dès lors, l'article 5 de la Convention – interprété à la lumière des dispositions de la CIDE - ne devrait plus être interprété de manière à permettre le placement en rétention administrative des enfants, accompagnés ou non.

- Une mesure susceptible de constituer une violation de l'article 8 de la Convention

Selon une jurisprudence désormais constante de la Cour, le placement d'enfants en rétention administrative est contraire au droit au respect de la vie familiale lorsque la mesure n'est pas proportionnée à l'objectif poursuivi, l'éloignement. C'est le cas lorsque la réalité du risque de fuite n'est pas démontrée, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas pris en compte par les autorités, aucune alternative n'a été recherchée et des diligences n'ont pas été mises en œuvre pour exécuter au plus vite la mesure d'expulsion et limiter la durée de l'enfermement. Ces critères de la réalité du risque de fuite et de l'absence de solution alternative ont été réaffirmés dans les arrêts *A.B. et autres contre France* et *R.K. et autres contre France*, dans lesquels la Cour a conclu à des violations de l'article 8.

III. La rétention administrative des enfants prohibée par la CIDE : un alignement nécessaire de la jurisprudence de la Cour sur ce principe

Bien que cette jurisprudence issue de l'arrêt *Popov* a constitué une avancée significative dans la prohibition de l'enfermement des enfants migrants, le placement d'enfants en rétention administrative n'est contraire à la Convention que si un certain nombre d'éléments sont, dans le cas d'espèce, réunis. Or, dès lors que cette mesure est jugée contraire aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant tels que garantis par la CIDE, la jurisprudence de la Cour devrait nécessairement tendre vers une condamnation de la rétention administrative des enfants migrants sous l'angle de la Convention.

- 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. ³⁹

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.

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. ⁴⁰

³⁸ ONU, Working group on arbitrary detention, Revised Deliberation n° 5 on deprivation liberty of migrants, 7 février 2018.

³⁹ 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>.

⁴⁰ Observation générale conjointe CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 16 novembre 2017.

Sur l'article 37 b) de la CIDE qui autorise le placement en détention d'un mineur en dernier ressort, 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.* »⁴¹ Dès lors, on ne saurait s'appuyer sur cet article pour justifier un placement d'enfants en rétention administrative, même en dernier ressort.

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.* »⁴²

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

Selon une jurisprudence constante de la Cour, 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.⁴³

La Cour interprète les dispositions de la Convention et les obligations qui en résultent pour les Etats à la lumière de la CIDE, qui est le cadre de référence pour la protection des droits de l'enfant.⁴⁴

Dès lors, dans le cadre de l'examen des affaires relatives à la rétention administrative des enfants, la Cour devrait appliquer la Convention à l'aune des exigences de la CIDE, telle qu'interprétée par le Comité des droits de l'enfant, et aligner sa jurisprudence sur celles-ci, en condamnant le recours à cette mesure. Ce positionnement de la Cour ne contredirait pas les dispositions de la Convention, son objectif comme celui de la CIDE étant la garantie d'une protection renforcée des enfants, en particulier les plus vulnérables, au premier rang desquels figurent les enfants migrants comme l'a elle-même explicitement rappelé la Cour, à plusieurs reprises.

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 condamnait le recours à la rétention administrative déjà en 2014 : « *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*

⁴¹ *Ibid*, § 10.

⁴² ONU, Working group on arbitrary detention, Revised Deliberation n° 5 on deprivation liberty of migrants, 7 février 2018. 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* ».

⁴³ Voir, par exemple, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 131 ; *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, § 169, CEDH 2012 ; *Maumousseau et Washington c. France*, no 39388/05, 6 décembre 2007.

⁴⁴ *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], no 34503/97, §§ 69-86, CEDH 2008 ; *Pini et autres c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, §§ 139 et 144, CEDH 2004-V ; *Emonet et autres c. Suisse*, no 39051/03, §§ 65-66, 13 décembre 2007 ; *R.K. et autres*, précité, § 113 ; *Khan c. France*, 28 février 2019, no 12267/16.

violation manifeste de ses droits. »⁴⁵ 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.⁴⁶ Ces recommandations sont également partagées par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe : « (...) *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 (...)* ».⁴⁷

De même, 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* ».⁴⁸

Telles sont les observations que la Défenseure des droits souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour.

La Défenseure des droits

Claire HÉDON

⁴⁵ APCE, Résolution 2020 (2014), Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants.

⁴⁶ Voir également la Campagne parlementaire pour mettre fin à la rétention d'enfants migrants.

⁴⁷ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Rapport sur la France, 2014 ; Carnet des droits de l'homme, janvier 2017.

⁴⁸ Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur la protection des enfants migrants (2018/2666(RSP)).