

Actualités Droits-Libertés du 14 mai 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme
Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

RÉTENTION DES ENFANTS (Art. 3, 5 et 8 CEDH et Art. 3 CIDE) : Vers une ultime représentation sur la scène des Palais français et européens ?

par Nicolas Hervieu et Serge Slama

Le Palais Royal, le Palais des Droits de l’Homme, le Palais du Conseil de l’Europe voire le Palais de Justice de Paris... Plusieurs rendez-vous phares s’annoncent pour une seule et même pratique : la rétention des enfants étrangers en France. L’année 2012 avait pourtant semblé en sonner le glas. Mais il n’en fut rien, entre réactions institutionnelles insuffisantes et circonvolutions jurisprudentielles insatisfaisantes. De nouvelles précisions sont donc nécessaires, en particulier de la part des juges français et européens. Ce véritable « rendez-vous des Palais » permettra sans doute de lever nombre d’incertitudes juridiques, qui sont autant d’obstacles au plein respect par la France des exigences conventionnelles. Et peut-être ceci ouvrira-t-il enfin la voie à une solution plus optimale encore : la disparition effective et véritable de la rétention familiale.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

Il est des tragédies théâtrales dont l'*exodos* tarde à surgir, pour qu’enfin tombe le rideau et s’achève la représentation. Cette issue est d’autant plus impatiemment attendue lorsque le spectacle est médiocre, voire navrant. Tel est le cas de l’interminable contentieux de la rétention des enfants en France. Car à l’instar des bonnes choses, les moins plaisantes aussi doivent avoir une fin.

Acme de ce contentieux, l’année 2012 était pourtant voué à être aussi celle de sa disparition. Il n’en fut rien. Certes, à l’orée de l’an passé, une retentissante condamnation de la rétention infantile avait été prononcée par la Cour européenne des droits de l’homme (Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. n° 39472/07 – [ADL du 22 janvier 2012](#)). Mais la pratique a persisté. En dépit du bon sens et du bon droit. Inévitablement, de nouveaux contentieux ont donc surgi au sein des prétoires français et européens, en écho aux péripéties qui ont déjà émaillé cette tragédie grecque (v. notre article, « [Enfants en rétention : une tragédie franco-européenne en quatre actes](#) », in *CPDH*, 6 mars 2012 ; lire aussi « [Les ambiguïtés de la Cour de cassation française face à la jurisprudence européenne sur la rétention des enfants](#) », in *ReVDH*, 11 avril 2012).

Face à cet état de fait, établir les responsabilités n’est pas chose aisée. Les acteurs impliqués dans cette succession d’occasions manquées en 2012 puis 2013 sont multiples. Il est cependant utile de mettre en lumière les ressorts de ce sempiternel chant du cygne de la rétention des familles d’étrangers avec enfants (1°). Un tel bilan rétrospectif permet en effet d’éclairer les différents temps forts qui se profilent à l’horizon. Car à l’approche de ces échéances déterminantes, véritable « *rendez-vous des Palais* », la rétention des enfants semble à nouveau sur la sellette (2°).

1°/- Une succession d’occasions manquées : L’interminable chant du cygne de la rétention des enfants en France

L’impulsion européenne initiée dès janvier 2012 aurait pu être fatale à la pratique de rétention des enfants. Mais contre toutes attentes, ce n’est pas ainsi que l’histoire s’est finalement écrite. A la faveur notamment de quelques péchés strasbourgeois originels (A), les autorités françaises ont d’abord été

plus que réticentes à l'heure d'exécuter l'arrêt [Popov](#). Et les quelques initiatives prises par la suite sont demeurées insuffisantes (B). Or cette relative inertie n'a pas été compensée par l'action des juridictions nationales, dont les décisions furent très contrastées et nuancées (C).

A – L'étape européenne : une impulsion décisive mais inachevée

Retentissante. Sans doute est-ce le premier qualificatif qui surgit à l'évocation de la condamnation de la France prononcée en janvier 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, [Popov c. France](#), Req. n° 39472/07 – [ADL du 22 janvier 2012](#)). A l'unanimité des juges strasbourgeois, ce ne sont pas moins de trois articles de la Convention qui ont donné lieu à un constat de violation au sujet de la rétention d'enfants étrangers.

En premier lieu, la Cour a estimé que la rétention d'« *une fillette de trois ans et [d']un bébé* » heurtait l'**article 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradants)**. A ses yeux, « *les conditions dans lesquelles les enfants ont été détenus, pendant quinze jours, dans un milieu d'adultes, confrontés à une forte présence policière, sans activités destinées à les occuper, ajoutées à la détresse des parents, étaient manifestement inadaptées à leur âge* » (§ 102). Cette situation fut « *particulièrement traumatisantes* », notamment du fait de leur « *particulière vulnérabilité* » (§ 101).

En deuxième lieu, la France fut également condamnée pour **une double violation du droit à la liberté et à la sûreté (Art. 5)**. Au titre de l'article 5 § 4, d'abord, la Cour a constaté que le droit français ne prévoyait pas que les mineurs puissent faire l'objet d'une mesure d'éloignement et, par suite, d'un placement en rétention (§ 124 – v. 32-34 et [Art. L 511-4 du CESEDA](#)). S'ils sont retenus, c'est uniquement en tant qu'« *enfants "accompagnant" leurs parents* ». Mais à ce titre, ils « **tombent dans un vide juridique [qui] ne leur permet pas d'exercer le recours [juridictionnel] garanti à leur parents** » (§ 124). Sous l'angle de l'article 5 § 1 f), ensuite, « *le système français* » n'a pas permis d'examiner « *la situation particulière des enfants* » et de vérifier si « *le placement en rétention administrative était une mesure de dernier ressort à laquelle aucune alternative ne pouvait se substituer* » (§ 119).

Cette dernière violation fait directement écho à celle constatée, en troisième et dernier lieu, sur le terrain du **droit au respect de la vie familiale (Art. 8)**. De manière inédite, la Cour a dégagé une remarquable obligation positive : les autorités étatiques doivent « *mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants* » (§ 147) et notamment rechercher « **une alternative à la détention** » (§ 146).

Prévisible. Telle était aussi la sanction de la France à Strasbourg. L'arrêt [Popov](#) avait en effet été précédé de plusieurs condamnations de la Belgique pour cette même pratique de rétention de mineurs accompagnés de leurs parents (Cour EDH, 2^e Sect. 19 janvier 2010, [Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique](#), Req. n° 41442/07 – [ADL du 20 janvier 2010](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 13 décembre 2011, [Kanagaratnam c. Belgique](#), Req. n° 15297/09 – [ADL du 27 décembre 2011](#) ; *Comp.* à l'admission par la Cour suprême des Etats-Unis de la détention des mineurs, même non accompagnés : [Reno v. Flores](#) (91-905), 507 U.S. 292 (1993) ; v. Olga Byrne et Elise Miller, « [The Flow of Unaccompanied Children Through the Immigration System A Resource for Practitioners, Policy Makers, and Researchers](#) », in [Vera institute of justice – Center of Migration and Justice](#), mars 2012 et [ADL du 7 mai 2013 au point 2°](#)). Pourtant, les autorités et juridictions françaises n'avaient pas daigné désamorcer ce risque conventionnel (v. [l'acte I](#)). Plus gênant encore, cette inertie a persisté au lendemain de la sanction européenne.

Devenu définitif le 19 avril 2012 faute de demande de renvoi en Grande Chambre, l'arrêt [Popov](#) n'a pas eu immédiatement les effets escomptés : **les placements en rétention de familles avec enfants en rétention se sont poursuivis en France**. Entre l'arrêt du 19 janvier et [la circulaire du 6 juillet 2012](#), le [Défenseur des droits](#) a ainsi été « *alerté à près d'une trentaine de reprises* ». Et depuis la circulaire, une demi-douzaine de cas ont été signalés. Ces chiffres révèlent certes « *un net déclin* » de la rétention d'enfants, ainsi que le relèvent le [Défenseur des droits](#) et la [Commission nationale consultative des droits de l'homme](#). Mais ces deux institutions soulignent également, et à raison, que

ces quelques placements ont en tout état de cause été effectués en méconnaissance de l'arrêt [Popov](#) (v. la [communication CNCDH-DDD](#) et *infra* II-B). Symbole manifeste de cette situation, certaines de ces rétentions ont eu lieu au CRA de Oissel, expressément reconnu par la Cour comme inadapté à l'accueil des enfants.

Indéniablement, les acteurs français n'ont donc pas pleinement respecté la décision du juge européen. Et ce, en dépit de l'article 46 de la Convention qui oblige pourtant les Etats « à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour » (v. [ADL du 11 février 2013](#) et [ADL du 11 janvier 2013 in fine](#)). La Cour porte toutefois elle aussi une part de responsabilité dans ce résultat mitigé. Sa condamnation de janvier 2012 fut certes opportune. Mais l'impulsion strasbourgeoise a été marquée par **deux péchés originels**.

Le premier est lié au **refus de la Cinquième Section de condamner le principe même de la rétention des enfants**. Le recours à cette pratique fut certes très strictement encadré. Mais à la différence notable de la Deuxième Section dans les affaires contre Belgique, la Cinquième Section n'a pas approfondi l'idée d'une prohibition en toutes circonstances. Elle a donc laissé ouverte la porte de la rétention familiale, au risque d'une persistance des mauvaises pratiques telles que celles fustigées dans l'affaire [Popov](#). A la lecture de l'arrêt janvier 2012, il était donc là aussi prévisible que « *l'autorité et l'effectivité de cette solution européenne [auraient] à souffrir d[es] incertitudes et zones d'ombres* » conventionnelles ([ADL du 22 janvier 2012 in fine](#) ; en ce sens, lire aussi Karine Parrot, « Condamnation de la France en raison de la rétention des mineurs étrangers », in [Revue critique de droit international privé](#), 2013, n° 4, pp. 826-840).

Ces risques furent accrus par **un second péché originel**. Peu de temps après le prononcé de sa condamnation envers la France, et à l'occasion d'une affaire en tous points similaire, la Cour a fait preuve d'une insuffisante fermeté. Le 29 février 2012, saisie d'une affaire relative à la rétention d'un couple en compagnie de son enfant de quatre ans, [la juridiction européenne refusa](#) la demande de « *mesures provisoires* » ([Art. 39 du Règlement de la Cour](#)) qui aurait permis de mettre fin à ladite rétention. Cette décision s'inscrivait bien sûr dans un contexte de forte restriction du nombre des mesures provisoires (v. [ADL du 12 février 2011](#) et [ADL du 28 juillet 2011](#)). Mais le maintien en rétention d'un enfant, au mépris flagrant d'un arrêt dont l'encre était à peine sèche, fut particulièrement néfaste à l'autorité de la Cour. Il n'est d'ailleurs pas douteux que cette attitude européenne n'incita guère au respect scrupuleux de l'arrêt [Popov](#) en France.

A nouveau, il serait injuste de porter un regard courroucé vers la seule juridiction de Strasbourg. En réponse à l'heureuse impulsion européenne, c'est prioritairement aux autorités françaises qu'il revenait d'agir pour « *mettre en œuvre la Convention au niveau national* » ([Déclaration de Brighton](#), § 9 – [ADL du 23 avril 2012](#)) et tirer pleinement les conclusions de la condamnation de janvier 2012. Mais ce relais national fut défaillant voire décevant.

B – L'étape institutionnelle : les réticences et insuffisances nationales face aux exigences européennes

Avant l'élection présidentielle, l'arrêt [Popov](#) ne connut aucun début d'exécution de la part du ministère français de l'Intérieur. Durant cette période, une vingtaine de cas de placement en rétention de familles avec enfants – sans qu'aucune mesure alternative ne soit envisagée – furent recensés. **Et ce, malgré les interventions systématiques du Défenseur des droits**. Très engagé sur ce dossier depuis l'arrêt [Popov](#), Dominique Baudis a même [rencontré en mars 2012 à Strasbourg](#) le Président de la Cour européenne de l'époque, Nicolas Bratza, pour évoquer avec lui cette question.

Le changement aurait pu venir avec l'élection de François Hollande à la présidence de la République. Durant sa campagne, le candidat socialiste avait en effet pris « *l'engagement [une fois élu] de mettre fin dès mai 2012 à la rétention des enfants et donc des familles avec enfants* » ([Lettre de François Hollande à l'OEE et RESF du 20 février 2012](#)). Cette promesse fut ensuite confirmée le 3 juillet 2012 par son Premier ministre, Jean-Marc Ayrault, qui affirma lors de [son discours de politique générale](#) que désormais « *aucun enfant, aucune famille ne sera placée dans un*

centre de rétention ». Ces engagements politiques furent pourtant démentis par la persistance des pratiques préfectorales. Saisi systématiquement par les représentants des cinq associations présentes en rétention, le Défenseur des droits s'est alarmé dès la fin du mois de mai 2012 de la « **multiplication des placements de mineurs** » (une quinzaine). Constatant que les interventions auprès de la Place Beauvau aboutissait systématiquement à leur libération, le Défenseur demanda le 1^{er} juin 2012 au ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, que soient adressées aux préfets des instructions « *claires et précises afin que des enfants ne soient plus placés dans ces centres* ».

Le 6 juillet 2012, le ministère de l'Intérieur diffusa finalement lesdites instructions (Circulaire NOR INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012). Le ministère n'a cependant pas retenu la seule solution qui aurait été conforme à la fois aux engagements politiques des deux têtes de l'Exécutif (en ce sens, v. la lettre ouverte de plus de soixante-dix universitaires initiée par nos collègues Jean Matringe, Karine Parrot et Judith Rochfeld, « Mettre fin, comme vous l'aviez promis, à la rétention des enfants étrangers, une exigence de l'Etat de droit » in *CPDH*, 26 octobre 2012) et aux implications de l'arrêt *Popov* au titre des articles 5 § 1 et 5 § 4 de la CEDH : **la cessation pure et simple de toute rétention de familles avec enfants** (en ce sens, v. nos analyses respectives : Nicolas Hervieu, « Confirmations, novations et incertitudes conventionnelles sur la détention de familles d'étrangers accompagnées d'enfants », in *RevDH*, 22 janvier 2012 et Serge Slama, « Voici venu le temps d'en finir avec la rétention arbitraire des enfants (à propos de l'arrêt Popov) », in *AJ Pénal*, 2012, n° 5, p. 281-285). Tirailé entre deux logiques – celle, humanitaire, du respect des droits fondamentaux des enfants et celle, sécuritaire, d'assurer en tout état de cause le renvoi effectif des familles sous le coup d'une mesure d'éloignement – **le ministère de l'Intérieur s'est contenté d'une demi-mesure qui confine au compromis malaisé**. En atteste ainsi un entretien de Manuel Valls au Monde le 28 juin 2012 dans lequel il affirme vouloir que « *tout soit mis en œuvre pour [...] mettre un terme [à la rétention des enfants]* » conformément à « *l'engagement du Président* ». Ceci, tout en annonçant dans le même temps qu'en cas d'échec des procédés alternatifs, cette mesure demeurerait possible. Ce tiraillement se reflète dans le texte de la circulaire du 6 juillet.

L'instruction ministérielle constitue certes un progrès indéniable. Conformément aux dispositions des articles 15 et 17 de la directive 2008/115/CE et aux prescriptions de l'arrêt *Popov* (§ 146), elle aspire « **à généraliser, pour le cas des familles, la mesure alternative au placement en rétention administrative que constitue l'assignation à résidence** ». En ce sens, l'instruction prescrit expressément aux préfets de « *veille[r], dans le cas de familles parentes d'enfants mineurs, à appliquer la procédure d'assignation à résidence plutôt que le placement en rétention* ». Mais elle préconise « *en cas de non respect des conditions de l'assignation à résidence, en cas de fuite d'un ou plusieurs membres de la famille ou en cas de refus d'embarquement* », de « **procéder à la mise en rétention administrative selon les conditions de droit commun** ». Or, il n'existe dans ce « *droit commun* » – c'est-à-dire dans le CESEDA – aucune base légale à une telle privation de liberté des enfants. Et donc aucun contrôle juridictionnel satisfaisant sur ces mesures, ainsi que l'a constaté la Cour dans l'arrêt *Popov* (§ 124 ; à ce sujet, lire Elise Vincent, « Sans-papiers : doutes sur l'assignation à résidence », in *Le Monde*, 12 juillet 2012).

La circulaire du 6 juillet est aussi critiquable par son silence sur le département français où les exigences européennes sont les moins respectées à ce propos : **Mayotte**. C'est en effet sur cette île de l'archipel des Comores que la situation est – de loin – la plus préoccupante avec 5 389 enfants retenus en 2011 (Observatoire de l'enfermement des étrangers – Migrants Outre-Mer, « Mayotte : encore des enfants en rétention tous les jours », Communiqué, 28 juin 2012 ; sur la situation inquiétante des 3 000 mineurs isolés étrangers à Mayotte, v. Défenseur des droits, Recommandation n° MDE-2013-87 du 19 avril 2013 relative à la situation particulièrement alarmante qui est réservée aux mineurs présents sur le sol mahorais – Communiqué de Migrants Outre-Mer du 26 avril 2013).

En diffusant la circulaire du 6 juillet 2012, le Cabinet du ministre de l'Intérieur a d'ailleurs pris bien soin d'indiquer aux médias que **Mayotte était « exclue du champ d'application de la circulaire »** (Carine Fouteau, « Immigration : les premières cartouches de Valls », in *Médiapart*, 27 juin 2012), compte tenu de sa « *situation territoriale d'exception, cas singulier et préoccupant* ». Etait néanmoins annoncée la nomination d'une « *personnalité indépendante* » pour rendre, d'ici « *la fin de l'été, ou au plus tard début septembre* », des propositions concernant l'entrée et le séjour des étrangers dans ses

aspects « *juridiques, économiques, sociaux et diplomatiques* ». Cette mission fut confiée au conseiller d'Etat et ancien haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, Alain Christnacht.

Remis en décembre 2012, le rapport Christnacht – non encore public à ce jour – n'a **pas permis de mettre la France en conformité avec ses engagements internationaux**. Le conseiller d'Etat a bien envisagé le développement des procédés alternatifs à la rétention. Mais en définitive, faute de moyens et de volonté politique, **le statut quo l'a emporté** (v. le communiqué de presse interministériel du 11 décembre 2012, « [Lutte contre l'immigration irrégulière à Mayotte](#) » au point 4). Comme le résumait [Jean-Marie Delarue](#) lors d'une audition devant la Commission des lois du Sénat, « **rien ne bouge** » au centre de rétention administrative de Pamandzi. Les étrangers continuent d'y être retenus « *dans des conditions épouvantables* » décrites dans [ses recommandations du 30 juin 2010 formulées à l'issue d'une visite en mai-juin 2009](#). Ce constat est d'ailleurs partagé par les sénateurs qui ont eux-mêmes visités ce centre en mars 2012 (Jean-Pierre Sueur, Christian Cointat et Félix Desplan, « [Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis](#) », *Rapport d'information n° 675 (2011-2012)*, Commission des lois du Sénat, 18 juillet 2012).

Tout au plus est-il [annoncé](#), à la suite du rapport Christnacht, que « *des locaux réservés aux familles ouvriront au centre de rétention administrative à la fin de 2012* » et que « *la capacité de l'actuel centre de rétention sera limitée à 100 places, contre 140 aujourd'hui, et ce avant fin décembre 2012, afin d'accueillir plus dignement les personnes retenues* » (v. [l'arrêté préfectoral du 20 décembre 2012 modifiant l'arrêté du 22 janvier 2004](#)). Manuel Valls a aussi [promis à l'Assemblée](#) que ces travaux « *permettront bientôt à Mayotte de disposer d'un nouveau centre de rétention conforme aux standards nationaux* » (NB : [alors que le nouveau CRA est promis depuis 2009](#), la demande de permis de construire [vient seulement d'être déposée](#)).

Ces mesures cosmétiques ne sauraient suffire à assurer le respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Quelle que soit l'épaisseur de la cloison posée pour isoler les familles avec enfants des autres retenus dans ce bâtiment en tôles (v. [l'édifiante vidéo](#) et Rémi Carayol, « [Centre de rétention de Mayotte : la vidéo qui accuse](#) », in *Libération*, 18 décembre 2008), un centre construit pour contenir au maximum soixante personnes ne pourra être adapté pour accueillir autant d'étrangers en une année que dans la vingtaine des centres de rétention métropolitains réunis, du moins dans des conditions conformes aux standards français et européens (v. Cour EDH, 5^e Sect. 25 avril 2013, [Canali c. France](#), Req. n° 40119/09 – [ADL 29 avril 2013](#)). Comme [l'observe la Cimade](#), même en limitant la capacité d'accueil à cent personnes, ceci revient à offrir **1,37 m² par personne** contre 10 m² dans les centres de rétention de l'hexagone. Le [décès en août 2012](#) d'un [nourrisson retenu](#) avec sa mère de dix-sept ans illustre – de [manière dramatique](#) et quelles que soient les circonstances exactes du décès (une information judiciaire a été ouverte) – que les mineurs sont admis dans ce centre sans réel examen individuel de leur situation et prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

La mission Christnacht aura néanmoins permis une ébauche de prise de conscience parmi les acteurs publics. Certains, tel le [Préfet de Mayotte Thomas Degos](#) au moment de son départ de l'île, énoncent qu'« *il faut enfin appliquer les conventions internationales tout en respectant l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Ces derniers temps, le vent européen souffle d'ailleurs sur l'outre-mer. Dans la foulée de l'arrêt [Popov](#), les conditions de rétention dans le CRA de Pamandzi ont été sanctionnées (TA de Mamoudzou, 20 février 2012, [Famille S.](#), n° 1200106). Et à la faveur de l'arrêt [De Souza Ribeiro c. France](#) ([ADL du 16 décembre 2012](#)), une atteinte au droit au recours effectif en lien avec le droit au respect de sa vie familiale a été constatée (TA de Mayotte, 28 janvier 2013, [Issoufa A.](#), n° 1300023 – le ministère de l'Intérieur s'est finalement [désisté de son appel](#) à la lecture [des observations présentées par le Défenseur des droits le 22 février 2013](#)). Ce souffle européen va même redoubler d'intensité puisque la [Commission européenne](#) a récemment estimé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer des mesures transitoires à Mayotte et que **le droit de l'Union européenne – en particulier la directive « retour » 2008/115/CE et la Charte des droits fondamentaux – s'y appliquent** ([Réponse de la Commissaire Malmström à une question parlementaire](#), 24 avril 2013).

Mais dans l'immédiat, le droit des étrangers applicables à Mayotte demeure **un archipel de l'infra droit**. Ceci est tout particulièrement patent pour ce qui est des enfants retenus. Or cette relative inertie

des pouvoirs publics sur ce dossier n'a, hélas, pas été pleinement compensée, loin s'en faut, par l'action des juridictions nationales.

C – L'étape juridictionnelle : des résultats contentieux très contrastés

A ce jour, le bilan des décisions rendues par les juridictions françaises depuis l'arrêt [Popov](#) est des plus contrastés. **S'agissant en premier lieu de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et des mesures alternatives à la rétention**, les familles placées en rétention ont certes trouvé, dans la majeure partie des cas, un juge pour constater une violation conventionnelle. Des atteintes à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ou à l'article 3-1 de la [Convention internationale relative aux droits de l'enfant](#) (CIDE) ont été sanctionnées du fait des conditions inadaptées de détention (v. TA de Mayotte, 20 février 2012, [Famille X.](#), n° 1200106 ; TA de Strasbourg, JRF, 23 février 2012, [M. Idriz E. et Mme M épouse E.](#), n° 1200813 ; Pour un rejet, v. CAA Lyon, 13 novembre 2012, [Famille P.](#), n° 12LY00188, cons. 24, AJDA 2013 p. 384). Des violations de l'article 8 de la Convention européenne ou des dispositions du CESEDA ont aussi été constatées lorsque la situation des enfants n'a pas été dûment examinée ou faute de mesures alternatives à la rétention envisagées. Depuis [la loi du 16 juin 2011 \(ADL du 13 juin 2011\)](#), les articles [L.551-1](#) et [L.561-2](#) du CESEDA privilégient l'assignation à résidence plutôt que la rétention (TA de Nancy, JRF, 9 mars 2012, [X. épouse Y.](#), n° 1200450 ; TA de Rouen, JRF, 27 janvier 2012, [Mme B.](#), n° 1200261 ; TA Lyon, JRF, 17 février 2012, [M. X.](#), n°1200988 ; CAA de Nantes, 12 mars 2012, [Préfet de Loire-Atlantique](#), n° 11NT03207 ; CAA Nancy, 2 août 2012, [Préfet de l'Aube c. M. et Mme E.](#), Req. n° 12NC00447 – v. les [observations du Défenseur des droits – Décision n° MDE-2012-98 – ADL du 2 juillet 2012](#)).

Mais pour aboutir à ces annulations, les associations de défense des étrangers et les avocats (en particulier M^e Vinay et Jeannot) ont du **mener de véritables guérillas juridiques** contre les décisions prises par les autorités françaises à l'encontre des familles avec enfants. Ainsi, dans l'affaire [Khoja](#), qui fut [particulièrement médiatisée](#), M^e Bruno Vinay a dû successivement contester plusieurs mesures : de l'arrêté de placement en rétention jusqu'à l'assignation à résidence « normale », en passant par un arrêté d'assignation à résidence « renforcée ». Inventée pour l'occasion, ce dernier acte s'est traduit par la présence de deux policiers devant la porte de la résidence et l'impossibilité pour les associations de rendre visite à la famille ou pour les enfants, de sortir. Or si toutes ces mesures ont été annulées (TA de Melun, 2 octobre 2012, [Famille Khoja](#), n°1208392/9, cons. 6), cette affaire est éloquent car fait écho à bien d'autres (sur l'affaire [Badalian](#), v. [infra](#) au point II-C et [notre analyse](#) ; v. aussi [un récent cas de placement en rétention](#) d'une mère congolaise avec son fils trois ans atteint de troubles mentaux).

Le caractère baroque des dispositifs mis en place pour appréhender la situation des familles étrangères témoigne de l'inconfort des autorités françaises face aux exigences européennes. Mais ces initiatives ont parfois obtenu l'aval des juridictions nationales. Ainsi, le Conseil d'Etat a accepté que [la circulaire du 6 juillet 2012](#) développe pour les familles avec enfants **un régime d'assignation à résidence extra-légal et spécifique**. En [son point II](#), ce texte prévoit que les familles « dont les garanties de représentation sont faibles et dont le comportement d'ensemble révèle une volonté manifeste de fraude et de refus de leurs obligations » font l'objet d'une assignation à résidence au domicile « avec une vigilance toute particulière ou une assignation dans un autre lieu permettant une surveillance facilitée pour les services de police ou de gendarmerie ». Alors que [l'article L. 561-2 du CESEDA](#) ne prévoit pas un tel régime différencié, le Conseil d'Etat a pourtant jugé ces dispositions de la circulaire conformes aux objectifs l'article 15 § 1 de [la directive 2008/115/CE](#). Et ce, même s'il n'a pas fait l'objet de mesures de transposition (CE, 13 février 2013, [Gisti](#), n° 361401, cons. 7 à 10).

Concernant, en second lieu, **la présence des enfants en rétention sans base légale**, les enfants retenus ne trouvent toujours pas de juge pour assurer le respect effectif des articles 5 § 1 et 5 § 4 de la Convention européenne. Le « *vide juridique* » constaté dans l'arrêt [Popov](#) (§ 124) persiste donc. A propos d'une assignation à résidence « renforcée », le tribunal administratif de Melun a ainsi jugé que dans la mesure où les enfants ne pouvaient pas sortir « *faute de base légale, la mesure privative de liberté prise à l'égard d'un mineur est contraire aux stipulations de l'article 5 de la [CEDH]* » (TA de Melun, 2 octobre 2012, [Famille Khoja](#), n°1208392/9, cons. 12 ; v. aussi TA Versailles, 21 mars 2013,

M. Jérémie M., n°1301433). Saisi de la légalité de la circulaire du 6 juillet 2012, le Conseil d'Etat a adopté successivement – en référé et au fond – deux positions contradictoires à ce propos.

En référé, il a donné du crédit à la position du ministère selon laquelle l'état du droit français aurait changé depuis l'arrêt Popov par la modification de l'article L. 553-1 du CESEDA en ce qu'il prévoit désormais que **le registre tenu dans les centres de rétention « mentionne également l'état civil des enfants mineurs accompagnant ces personnes ainsi que les conditions de leur accueil »**. Pourtant, et d'une part, il résulte des travaux parlementaires que cette disposition n'a absolument pas été adoptée pour mettre le droit français en conformité avec la Convention européenne, et encore moins pour transposer l'article 17 de la directive « retour ». Ce texte aspirait uniquement à « *permettre à l'autorité judiciaire, qui assure la protection de l'enfance, d'apprécier le caractère adapté, au sens de l'article 37 de la convention internationale des droits de l'enfant, des conditions du séjour d'un enfant accompagnant ses parents dans un centre de rétention* » (Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. Rapport n° 239 (2010-2011) de M. François-Noël Buffet). Du reste, les enfants étaient déjà mentionnés dans le fichier des centres de rétention – Eloi 2 –, ce qui a été admis par le Conseil d'Etat (CE, 30 décembre 2009, SOS Racisme, Gisti et a., n° 312051 et 313760 – ADL du 4 janvier 2010). Et en tout état de cause, **la simple mention d'enfants sur un registre n'a pas les « qualités » suffisantes pour assurer le respect des exigences des articles 5 § 1 et 5 § 4**. Ce n'est pas une décision individuelle, prise en considération de la personne et de l'intérêt de l'enfant. De plus, elle n'est ni motivée, ni notifiée à l'enfant ou à son représentant légal. Surtout, elle peut difficilement faire l'objet d'une contestation contentieuse.

Cette manœuvre a pourtant suffi à inciter le juge des référés à appliquer la jurisprudence Carminati (CE, 30 décembre 2002, n°240430) et refuser, dans le cadre de son office de juge des référés, d'exercer directement le contrôle de conformité de la circulaire du 6 juillet aux articles 5 § 1 et 5 § 4 de la CEDH. Pour le juge du Palais Royal, « *il résulte notamment des dispositions de l'article L. 553-1 du CESEDA, dans sa rédaction issue de la loi du 16 juin 2011 [...], que la loi française prévoit expressément la possibilité qu'un enfant mineur d'un ressortissant étranger soit accueilli dans un centre de rétention, par voie de conséquence du placement en rétention de l'un de ses parents* ». Dès lors, « *le moyen [...] soulève la question de la compatibilité des dispositions législatives du CESEDA relatives à la rétention administrative avec les articles 5.1 et 5.4 de la [CEDH]* » (CE, 27 août 2012, Gisti, n° 361402, cons. 8 et 9).

La rapporteure publique, Béatrice Bourgeois-Marchureau, a certes admis au fond que cette disposition ne pouvait valablement servir de base légale suffisante à la rétention des enfants au regard des articles 5 § 1 et 5 § 4. Pour autant, le Conseil d'Etat n'a pas annulé les dispositions du III de la circulaire par lesquels le ministre prescrit aux préfets de « *procéder à la mise en rétention administrative selon les conditions de droit commun* ». Pour statuer en ce sens, la juridiction administrative a pris acte de ce que la circulaire conditionne expressément le placement en rétention d'une famille aux exigences de « *l'article 5, paragraphe 1* » de la Convention. Et elle indique que ce texte, en écho à l'arrêt Popov, invite les préfets, le cas échéant, à se livrer à un examen circonstancié avant toute décision de placement en rétention (CE, 13 février 2013, Gisti, n° 361401, cons. 19 et 11-13 ; dans le même sens, v. CAA de Nantes, 12 mars 2012, Préfet de Loire-Atlantique, n° 11NT03207 ; CAA Nancy, 2 août 2012, Préfet de l'Aube c/ M. et Mme E., req. n° 12NC00447). Surtout, **sur la question centrale de l'article 5 § 4 de la Convention, le Conseil a botté en touche**. Dans cet arrêt d'août 2012, il a en effet jugé que la circulaire ne traite pas des « *recours contre les mesures de rétention administrative, auxquels s'appliquent les stipulations du paragraphe 4 du même article 5* » (CE, 13 février 2013, Gisti, n° 361401, cons. 19). Partant, comme le note Marie Sirinelli, « *la conformité de la législation nationale à la Convention [au regard de l'article 5 § 4] reste [...] incertaine sur ce point, et n'a jamais été examinée par le juge administratif* » (Marie Sirinelli, « Un mineur en centre de rétention n'est pas un mineur retenu », in AJDA, 2013, n° 16, p. 920).

Une même attitude fut adoptée par le Conseil d'Etat au sujet de Mayotte. Après avoir déclaré que la rétention des enfants n'était « *pas acceptable* », le ministre de l'Intérieur a évoqué en juillet 2012 dans les médias l'existence d'une « *exception* » dans ce département car « *c'est un territoire soumis à une pression migratoire massive* ». La conventionalité d'une telle position – réitérée en substance six mois plus tard dans un communiqué interministériel – est pour le moins douteuse, la

Cour ayant récemment affiché **sa faible tolérance envers les régimes d'exception d'outre-mer** (v. [ADL du 16 décembre 2012 in fine](#)). Mais le Conseil d'Etat n'a pas saisi l'occasion de trancher cette question, pourtant cruciale. A ses yeux, il n'était pas établi que le ministre avait ainsi pris une décision « *prescrivant au préfet de Mayotte de ne pas appliquer les dispositions de la circulaire NOR INT/K/12/07283/C du 6 juillet 2012 aux familles avec enfants en instance d'éloignement à Mayotte et, par suite, de les placer systématiquement en rétention administrative* » (CE, 13 février 2013, [Gisti](#), n° 361403, cons. 18 à 20). Mais une évidence s'impose : **si le ministre n'a pas formellement donné d'instructions au préfet de Mayotte, force est de constater qu'en pratique, ce dernier les met en œuvre**. De fait, la rétention d'enfants se poursuit quotidiennement au CRA de Pamandzi, sans que des mesures alternatives ne soient envisagées (ainsi que le mentionne expressément [le communiqué interministériel du 11 décembre 2012](#)). Pourtant, en août 2012, le juge des référés du Conseil d'Etat avait noté « *qu'il ne résulte pas de l'instruction que le ministre de l'intérieur aurait [...] décidé de renoncer à l'obligation qui incombe au gouvernement de garantir, à Mayotte, des conditions de rétention administrative qui assurent le respect des principes rappelés par les articles 3, 5 et 8 de la [CEDH]* » (CE, 27 août 2012, [Gisti](#), n° 361404, cons. 6). Mais faute à ce jour d'avoir résolument pris à bras le corps cette question de la rétention des enfants, une telle position des juges du Palais Royal est vouée à demeurer un vœu pieu.

*

Une impulsion européenne inachevée, des réponses institutionnelles insuffisantes et des réactions contentieuses décevantes. A de nombreux égards, le bilan de la rétention des enfants en France fait apparaître des résultats en demi-teinte. Ce contentieux n'est pourtant pas irrémédiablement condamné au clair obscur. La lumière pourrait ainsi surgir lors de trois rendez-vous majeurs qui se profilent à l'horizon, chacun étant susceptible de marquer le crépuscule d'une pratique qui n'est, hélas, pas si moribonde.

*

2°/- Le rendez-vous des Palais : la rétention des enfants en France de nouveau sur la sellette franco-européenne

Trois rendez-vous au sein des Palais français et européens. Et trois nouvelles scènes pour un possible ultime acte de la tragédie grecque. De nouvelles étapes contentieuses et institutionnelles attendent en effet la pratique de rétention familiale en France : **au Palais Royal d'abord**, où [l'affaire M.](#) sera prochainement soumise au Conseil d'Etat (A) ; **au Palais de l'Europe ensuite**, où c'est [l'affaire Popov](#) qui sera de nouveau à l'ordre du jour au sein du Conseil de l'Europe, mais cette fois devant son Comité des ministres (B) ; **au Palais des Droits de l'Homme enfin**, où la Cour européenne des droits de l'homme pourrait se saisir de [l'affaire Badalian](#) (C). Sans doute est-il aventureux d'affirmer qu'au fil de ces rendez-vous, la rétention des enfants pourrait rencontrer une fin funeste. Mais il est certain que nombre de précisions et progressions en résulteront.

A – Le rendez-vous du Palais Royal : L'affaire M. devant le Conseil d'Etat

Couple d'origine tchéchène, les époux *M. et B.* ont fui la Russie en 2007 pour trouver asile en Pologne, pays dans lequel ils ont obtenu la protection subsidiaire. Ils auraient alors été menacés par des agents russes, sans que les autorités polonaises n'interviennent. Pour leur sécurité, ils ont donc estimé nécessaire de gagner la France le 31 janvier 2012 afin de solliciter le statut de réfugié. En application du [règlement « Dublin II »](#) du 18 février 2013 et de la législation française, le préfet de la Seine-Maritime a, par un arrêté du 13 avril 2012, refusé l'admission au séjour à ce couple. Et ce, sans mettre en œuvre la clause de souveraineté (Cour EDH, G.C., 21 janvier 2011, [M. S. S. c/ Belgique et Grèce](#), n° 30696/09 – [ADL du 21 janvier 2011](#) ; CJUE, G.C., 21 décembre 2011, [N.S.](#), Aff. C-411/10 et C-493/10 – [ADL 29 décembre 2011](#)) ou la clause humanitaire (CJUE, G.C., 6 nov. 2012, [K. c/ Bundesasylamt](#), Aff. C-245/11 – [ADL du 16 novembre 2012](#) ; Europe 2013, comm. 20, Fabienne Gazin ; [GDR-ELSJ, 8 novembre 2012](#) par Jeanne Pétin).

Le 24 avril, le préfet a édicté un arrêté de remise aux autorités polonaises. A cette fin, et sans envisager de mesures alternatives, il a ordonné le 9 mai 2012 **le placement en rétention des époux et des trois enfants mineurs au CRA d'Oissel** (le même que dans l'affaire [Popov](#)). Ils ont été réadmis en Pologne dès le 10 mai. Mais saisi dès le 9 mai – le recours contre les réadmissions n'étant pas suspensif – par M^e Cécile Madeline, le tribunal administratif de Rouen a annulé les deux arrêtés dès le lendemain. Le réacheminement en France de la famille dans un délai de 8 jours a été ordonné sous astreinte (TA de Rouen, 10 mai 2012, *M.*, n° 1201465 ; et *B.*, n° 1201466). Mais en appel, la Cour administrative d'appel de Douai a infirmé ce jugement (CAA Douai, 31 décembre 2012, [Préfet de la Seine Maritime c. M.](#), N° 12DA00734). Cette décision est actuellement frappée d'un pourvoi en cassation. Ainsi, **le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer sur la rétention familiale.**

Or les points de discussion juridique ne manqueront pas, tant le raisonnement de la Cour administrative d'appel dans cette affaire *M.* prête le flanc à la critique. **Il pêche en particulier par sa lecture même de l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté).** Après avoir affirmé que « *la création de centre de rétention, pouvant accueillir des familles, n'a pas pour objet de permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre des enfants mineurs des personnes placées en rétention* » mais « *vise seulement à organiser l'accueil des familles* », les juges d'appel esquissent une idée curieuse. A leurs yeux, « *le préfet n'a[urait donc] pas méconnu les stipulations [...] de l'article 5 de la Convention* » en l'espèce « *dès lors que le centre de rétention de Oissel permettait l'accueil des enfants du requérant* » (§ 17). Ce faisant, **la Cour de Douai élude littéralement l'examen du droit à la liberté et à la sûreté sous l'angle des enfants.** A mots à peine couverts, elle tend même à suggérer que l'article 5 ne serait pas applicable à la situation de ces derniers, faute pour leur placement en rétention d'être synonyme de « *privation de liberté* ».

Certes, une telle idée n'est pas inédite. Elle fait écho aux propos passés du Conseil d'Etat pour qui les dispositions règlementaires ([Art. R553-3 CESEDA in fine](#)) relatives à l'aménagement de centres de rétention administrative (CRA) afin de recevoir les familles avec enfants visent « *seulement* » à organiser « *l'accueil des familles des étrangers placés en rétention* » (CE, 12 juin 2006, [Cimade et GISTI](#), n°282275 ; v. aussi CE, 18 nov. 2011, [Association des avocats pour la défense du droit des étrangers](#), n° 335532, Lebon ; *AJDA* 2012, p. 217, concl. Damien Botteghi et 2011, p. 2265). Mais mobilisée sur le terrain de l'article 5, **cette approche peine véritablement à convaincre, tant elle heurte frontalement la lecture européenne du droit à la liberté et à la sûreté.** Selon la Cour de Strasbourg, « *pour déterminer si un individu se trouve "privé de sa liberté" au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée* » (Cour EDH, G.C. 15 mars 2012, [Austin et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 39692/09, § 57 – [ADL du 21 mars 2012](#)). Dans ce contexte, les juges européens ne se sentent nullement tenues par l'analyse des juridictions internes quant à l'existence d'une telle privation de liberté (v. le précieux « [Guide sur l'article 5](#) », § 4). Or à l'évidence, la situation des enfants en rétention relève bien d'un « *internement [...] dans un certain espace restreint pendant un laps de temps non négligeable* », critère « *objectif* » de la privation de liberté au sens de l'article 5 (v. Cour EDH, 3^e Sect. 16 juin 2005, [Storck c. Allemagne](#), Req. n° 61603/00, § 74). Quant au critère « *subjectif* », qui exige l'absence d'un consentement valable à l'internement, il peut certes donner lieu à discussions puisqu'en l'espèce, seuls les parents firent chacun l'objet de la décision de placement en rétention. Faut-il alors déduire que les enfants, simples « *accompagnants* », étaient librement présents au Centre d'Oissel ?

Une telle supposition se heurte à de nombreuses objections. Il est d'abord douteux que le préfet ait laissé aux parents le choix d'emmener ou non leurs enfants avec eux au centre de rétention. Un tel « *choix* » serait de toute façon des plus théoriques, car éviter à leurs enfants la rétention impliquerait pour les parents qu'ils s'en séparent. Or devant la Cour, le gouvernement français avait lui-même justifié la rétention familiale par le refus d'une telle séparation. A ses yeux, « *une fois la légitimité de la rétention des parents établie, il ne peut être envisagé de les séparer de leurs enfants* » (§ 82 de l'arrêt [Popov](#)). Cette manière de lier indissociablement le sort des enfants à la privation de liberté des parents se retrouve aussi dans le raisonnement de la Cour administrative d'appel de Douai (§ 19). Partant, **évoquer l'idée d'« accueil » des enfants pour éluder l'article 5 est un leurre qui ne tromperait difficilement la juridiction européenne.** Celle-ci rejette d'ailleurs toute approche formaliste et rappelle régulièrement que « *le droit à la liberté occupe une place trop importante dans*

une société démocratique pour qu'une personne perde le bénéfice de la protection de la Convention du seul fait qu'elle a accepté d'être mise en détention » (Cour EDH, G. C. 17 janvier 2012, [Stanev c. Bulgarie](#), Req. n° 36760/06, § 119 – [ADL du 26 janvier 2012](#)).

Indubitablement, donc, la protection conventionnelle dérivée de l'article 5 s'applique pleinement à la situation des enfants retenus. Raisonner différemment et exclure toute privation de liberté des enfants au motif qu'ils sont « *accompagnants* » de leurs parents conduirait au surplus à un résultat aberrant. Dans l'affaire [Popov](#), c'est précisément parce que les enfants **ne peuvent faire l'objet en droit français d'une décision formelle de placement en rétention** que la France a été condamnée sur le terrain de l'article 5 § 4. Écarter l'idée de privation de liberté, et donc la protection qui découle de l'article 5, en tirant argument d'une situation qui constitue précisément une violation de ce texte manquerait de cohérence. Autrement dit, **il serait absurde de permettre à un État de se prévaloir de sa propre turpitude conventionnelle**. Preuve ultime, dans l'affaire [Popov](#), l'applicabilité de l'article 5 fut admise sans débat au sein du prétoire européen. Plus nettement encore, la Cour a sanctionné la France « *en dépit du fait qu[e les enfants] étaient accompagnés de leurs parents et même si le centre de rétention prévoyait une aile d'accueil des familles* » (§ 119). A l'évidence, donc, la lecture européenne est en tous points opposée au raisonnement de la Cour administrative d'appel. Le Conseil d'Etat serait donc bien avisé de ne pas l'entériner.

Cette contradiction entre l'approche du juge d'appel de Douai dans l'affaire [M.](#) et la lecture européenne déployée dans l'arrêt [Popov](#) illustre une difficulté plus vaste encore : **à texte constant, le droit français place les juges nationaux dans une situation inextricable**. Pris entre le marteau conventionnel et l'enclume législative (pour des dilemmes similaires, v. [ADL du 20 mars 2013](#) ou [ADL du 19 octobre 2010](#)), ils doivent saisir au mieux la situation des enfants retenus alors même que le dispositif français les ignore. Dans ces conditions, les juges administratifs du fond oscillent entre deux voies : soit, par souci de réalisme, dégager une décision informelle de placement en rétention visant les enfants afin de contrôler directement leur situation, ce qui est plus proche de la philosophie européenne (en ce sens, TA de Melun, 29 octobre 2011, [Mousslimov](#), Req. n° 1108027) ; soit, par esprit de formalisme, suivre plus directement la logique des textes nationaux et estimer qu'aucune décision de placement n'existe envers les enfants présents en rétention en compagnie de leurs parents (v. CAA Paris, 31 décembre 2012, [Mousslimov](#), n° 11PA04917 – v. les obs. de Marie Sirinelli, in [AJDA](#), 2013, n° 16, pp. 920-923).

Certes, cette dernière option n'empêche pas nécessairement de « *prendre en compte [...] la situation spécifique d[es] mineurs [...] notamment lors de l'examen de la décision plaçant leur[s] parents] en rétention* » (CAA Paris, 31 décembre 2012, *précité*, § 4 ; v. aussi CAA Douai, 31 décembre 2012, [M.](#), § 19). Du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, peu importe le flacon juridique pourvu que l'on ait la protection conventionnelle de l'enfant retenu. Mais c'est précisément quant à l'intensité de cette protection en France que le bât blesse. **Faute d'examen spécifique et individualisée de la situation des mineurs retenus, le contrôle juridictionnel français apparaît bien souvent superficiel et en deçà des exigences européennes**. Pour preuve, dans l'affaire [M.](#), le juge d'appel de Douai se limite à un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ([§ 22](#)), alors que l'acte litigieux est susceptible de porter atteinte de manière irréversible aux droits conventionnels des enfants retenus.

Cette affaire offre donc au Conseil d'Etat l'occasion de réajuster une ligne jurisprudentielle esquissée le plus souvent de manière impressionniste, au fil des décisions des juges du fond. Ligne qui, de ce fait, oscille entre évanescence et insuffisances face aux exigences européennes. Les lacunes du droit français sont donc criantes dans le contentieux de la rétention des enfants. Mais il revient aux juges du Palais Royal de les résorber au mieux. C'est à dire en conformité avec les orientations européennes, même si ces dernières mériteraient d'être encore précisées au sein d'autres Palais, strasbourgeois cette fois-ci.

B – Le rendez-vous du Palais de l'Europe : L'exécution de l'arrêt *Popov* devant le Comité des ministres

Une fois prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme, la condamnation d'un Etat ne retentit pas seulement au sein du [Palais des Droits de l'Homme](#). Elle trouve nécessairement un écho sur une autre rive des canaux strasbourgeois : au [Palais de l'Europe](#), siège du [Conseil de l'Europe](#) et en particulier du [Comité des Ministres](#). Ce dernier est en effet chargé de surveiller [l'exécution des arrêts](#) de la Cour (v. ainsi [le 6^e rapport annuel pour 2012 – Communiqué](#)).

Il en est tout naturellement ainsi s'agissant de l'arrêt [Popov](#), une fois celui-ci devenu définitif. Afin d'évaluer sa bonne exécution par la France, le Comité des ministres a ainsi reçu le 11 octobre 2012 un « [bilan d'action](#) » des mains du gouvernement français. Dans ce document, et sans surprise, ce dernier « *considère que l'arrêt a été exécuté* » (p. 3). Ce constat est certainement justifié pour ce qui est de la situation individuelle de la famille *Popov*. Ces derniers ont été libérés dès décembre 2007 et la somme attribuée au titre de la [satisfaction équitable](#) (Art. 41) leur a été versée par la France. Mais la position gouvernementale est bien moins convaincante au titre des « *mesures à caractère général* » à adopter pour éviter que la situation condamnée ne se reproduise en France.

Sous cet angle général, le « *bilan d'action* » français affirme d'une part que « *les juridictions administratives ont extrêmement rapidement tiré les conséquences de l'arrêt dans les contentieux qui leur étaient soumis, en annulant des placements en rétention de familles en situation irrégulière* » et que « *les mineurs [...] sont [désormais] en mesure de voir leur situation contrôlée par le juge administratif* ». D'autre part, le gouvernement se prévaut de [la circulaire adoptée le 6 juillet 2012](#) qui « *limite la possibilité de placer une famille en rétention* » et souligne « *des directives ont été données pour que les équipements des centres habilités à recevoir des familles soient adaptés aux mineurs* ».

Mais **le tableau ainsi esquissé occulte de nombreuses zones d'ombres**. Incontestablement, des progrès ont été accomplis en France (v. *supra* I). Mais visiblement, le compte n'y est pas. L'incertitude est d'ailleurs plus que jamais à l'ordre du jour. Ainsi, et par exemple, le jugement du tribunal administratif de Melun cité dans le bilan d'action français comme exemple de bonne réception de l'arrêt *Popov* a depuis été partiellement annulé par la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 31 décembre 2012, [Mousslimov](#), n°11PA04917). Au demeurant, le fait que le gouvernement – dans son [plan d'action](#) ou dans ses observations en défense de l'affaire *Badalian* (*infra* II-C) – se prévale de décisions de tribunaux administratifs pour étayer l'idée que la France respecte les exigences conventionnelles ne manque pas de sel, alors qu'il a lui-même fait appel de certains jugements favorables aux familles retenues (v. ainsi l'appel formé dans l'affaire [M.](#) : *supra* II-A).

Bien trop souvent occultée, la phase de surveillance de l'exécution des arrêts mérite donc tout particulièrement l'attention dans ce dossier. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la [Commission nationale consultative des droits de l'homme \(CNCDH\)](#) et le [Défenseur des droits \(DDD\)](#) aient souhaité y contribuer. Dans [une communication](#) envoyée [le 26 avril 2013](#) au Comité des ministres, la CNCDH et le DDD « *dressent un bilan contrasté de l'application de l'arrêt Popov* » (p. 12). En écho dissonant avec le bilan d'action gouvernemental, les deux institutions françaises de protection des droits de l'homme « *considèrent quant à elles que l'arrêt Popov n'a pas été pleinement exécuté* » par la France (p. 2). Parmi les points négatifs signalés figurent la persistance de la rétention de nombreux mineurs à Mayotte – au surplus dans de mauvaises conditions – (p. 3-5), les failles du droit français au regard de l'article 5 (p. 6-8), ainsi que l'insuffisance des mesures en faveur des alternatives à la rétention familiale (p. 8-10). Dans le prolongement d'un [avis du 22 novembre 2012](#) où la CNCDH a regretté le mutisme du législateur « *sur le sort des enfants mineurs accompagnant un étranger lors de son placement en rétention* » (§ 9 – [ADL du 3 décembre 2012](#)), le « *vide juridique* » dans lequel se trouvent les enfants « *accompagnants* » est à nouveau déploré (v. en particulier [la note en annexe 2](#)).

Ainsi éclairée, **l'évaluation par le Comité des ministres de la bonne exécution de l'arrêt *Popov* pourrait redonner une opportune impulsion à la condamnation européenne de janvier 2012**. D'ores et déjà, elle offre une occasion et un *forum* à des acteurs clefs – tels la CNCDH et le DDD – pour mettre en lumière les failles françaises. Mais si ce rendez-vous du Palais de l'Europe

n'est pas négligeable, il n'est pas certain qu'il soit déterminant. De récents exemples révèlent que face à un Etat farouchement récalcitrant à l'idée d'exécuter un arrêt, le système européen des droits de l'homme – dont le Comité des Ministres en particulier – est bien démuni (sur le contentieux du droit de vote des détenus, v. ainsi [ADL du 1^{er} novembre 2012 au point 2°](#) et « [Droit de vote des détenus : Histoire sans fin pour un contentieux décisif](#) », in *Rev. trim. dr. h.*, n° 94/2013, pp. 433-456). Dans une affaire où l'inexécution n'est que partielle, il n'est d'ailleurs pas acquis que la phase de surveillance – empreinte d'une nette coloration diplomatique, puisque dans les mains d'[un organe intergouvernemental](#) – soit des plus incisives. **Sans prise de conscience et réactions véritables des autorités françaises, une possible pique de rappel au Palais de l'Europe risque donc de rester lettre morte.**

Au demeurant, la teneur même de l'arrêt [Popov](#) incite à un contrôle nuancé. [Dans leur remarquable position commune](#), la CNCDH et le DDD « *demand[ent] la fin des placements en rétention des familles avec enfants* » (p. 12). Il ne fait certes aucun doute qu'une telle solution permettrait de dissoudre tout ce qui a justifié – et pourrait justifier encore – une condamnation de la France. Mais force est de constater que cette issue ne dérive pas directement de l'arrêt rendu par la Cour. Celle-ci n'a pas prohibé en soi la rétention familiale (v. *supra* 1° A). Seule une nouvelle occasion contentieuse permettrait à la juridiction européenne d'infléchir sa position dans un sens plus ferme. D'où l'intérêt du nouveau rendez-vous qui se profile au Palais des Droits de l'Homme.

C – Le rendez-vous du Palais des Droits de l'Homme : L'affaire *Badalian c. France* devant la Cour européenne des droits de l'homme

Effacer ses deux péchés originels dans le contentieux de la rétention des enfants. L'affaire [Badalian c. France](#) offre une telle opportunité à la Cour européenne des droits de l'homme. [Dans sa décision du 29 février 2012](#), la juridiction strasbourgeoise avait certes refusé la demande de mesure provisoire qui aurait permis de faire cesser la rétention d'un couple et de son enfant de quatre ans (cf. *supra* 1° A). Mais, presque en guise de lot de compensation, elle avait accepté de communiquer immédiatement la requête au gouvernement français, ouvrant ainsi la voie à **un nouvel examen européen de la pratique de rétention familiale en France.**

Depuis cette communication, ce contentieux a toutefois rebondi. L'[ordonnance du 21 février 2012](#) par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a rejeté la requête en annulation de la décision de placement en rétention (v. l'[Acte III](#)) a finalement été infirmée en appel (CAA de Bordeaux, 1^{er} Ch., 15 novembre 2012, [Badalian c. Préfet du Loiret](#), n°12BX01147). Pour statuer en ce sens, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a en particulier jugé qu'« *il ne ressort[ait] pas de la décision attaquée que le préfet ait recherché, au regard de la présence de l'enfant, si une mesure moins coercitive que la rétention était possible pour la durée nécessairement brève de la procédure d'éloignement* » (§ 6). Un tel raisonnement fait directement et remarquablement écho à l'obligation positive déduite de l'article 8 dans l'arrêt [Popov](#) : les autorités étatiques doivent « *mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants* » (§ 147). Surtout, l'analyse de la juridiction bordelaise contraste singulièrement avec celle de son homologue de Douai dans l'affaire [M.](#) (cf. *supra* II-A).

Est-ce alors à dire qu'une telle annulation scelle le sort de la requête initiée devant à Strasbourg en la privant de toute pertinence ? Rien n'est moins sûr. Certes, la Cour rappelle régulièrement qu'en vertu de la règle d'épuisement des voies de recours internes (Art. 34), « *les États [parties] n'ont pas à répondre de leurs actes devant [elle] avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne* » (Cour EDH, 5^e Sect. 25 avril 2013, [Canali c. France](#), Req. n° 40119/09, § 34 – [ADL du 29 avril 2013](#)). Corrélativement, s'il s'avère qu'au cours de la procédure nationale, la violation conventionnelle a été dûment sanctionnée et réparée, la requête portée à Strasbourg risque l'irrecevabilité puisque son auteur ne peut plus arguer de sa qualité de « *victime* » au sens de l'article 34. Mais tel n'a pas été le cas en l'espèce. **La fin de la mesure litigieuse et l'annulation de la décision qui en fut le fondement juridique n'effacent pas rétrospectivement la situation irrémédiablement subie lors du placement de la famille en rétention** (v. Cour EDH, G.C. 12 septembre 2012, [Nada c. Suisse](#), Req. n° 10593/08 – [ADL du 21 septembre 2012](#)). Ceci est en

particulier le cas au titre de l'article 3. Les quinze jours passés dans un centre de rétention administrative par un enfant de quatre ans entraînent des conséquences irréversibles qu'une annulation *ex post facto* ne saurait réduire à néant. C'est d'ailleurs précisément cette circonstance qui aurait dû inciter la Cour à adopter une mesure provisoire dans cette affaire (v. l'[Acte IV](#)).

Partant, sauf si les autorités française procèdent devant la Cour à une « *reconnaissance explicite ou en substance [...] d'une violation dans le chef d[es] requérant[s] des droits garantis par la Convention* » et en répare pleinement les conséquences (Cour EDH, G.C. 22 mars 2012, [Konstantin Markin c. Russie](#), Req. n° 30078/06, § 83 – [ADL du 27 mars 2012](#)), **la seule décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux ne suffira pas à désamorcer le risque d'une nouvelle condamnation européenne**. Pour les mêmes raisons, l'issue du recours initié parallèlement devant les juridictions judiciaires françaises n'a pas non plus vocation à affecter la viabilité de la requête.

En effet, la prolongation de la rétention de la famille Badalian [décidée le 22 février 2012](#) par le JLD près le TGI de Toulouse et [sa confirmation](#) en appel le 24 février 2012 sont frappés d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Mais là encore, une éventuelle annulation de la mesure privative de liberté n'effacerait pas rétrospectivement la violation conventionnelle. Le risque de voir la requête écartée par la Cour européenne, parce que prématurée, est lui aussi faible : faute pour ces recours internes de permettre effectivement aux intéressés d'obtenir satisfaction – *i.e.* la libération immédiate de l'enfant retenu (v. l'[Acte III](#)) –, il serait excessif de reprocher à ces derniers de n'avoir pas attendu l'issue de ces procédures devant les juridictions internes avant de saisir la Cour (v. [ADL du 29 avril 2013 au point 1°](#) sur Cour EDH, 5^e Sect. 25 avril 2013, [Canali c. France](#), Req. n° 40119/09 ; Cour EDH, 2^e Sect. 2 avril 2013, [Tarantino et autres c. Italie](#), Req. n° 25851/09 – [ADL du 8 avril 2013](#)).

Par ailleurs, même dans l'hypothèse où la France ferait amende honorable à Strasbourg, il serait plus qu'opportun que la Cour s'abstienne de radier [la requête Badalian](#) au motif que « *le litige a été résolu* » (Art. 37.1 b). Car à de nombreux égards, « *le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles [...] exige* » la « *poursuite de l'examen de [cette] requête* » (v. Cour EDH, G.C. 22 mars 2012, [Konstantin Markin c. Russie](#), Req. n° 30078/06, § 87 – [ADL du 27 mars 2012](#) ; Cour EDH, 1^e Sect. 7 janvier 2010, [Rantsev c. Chypre et Russie](#), Req. n° 25965/04 - [ADL du 6 janvier 2010](#)). En premier lieu, **l'affaire [Badalian c. France](#) constitue en elle-même une illustration du non-respect immédiat de l'arrêt [Popov](#) par les autorités françaises**. Or à l'heure où l'effectivité des recours internes est à l'ordre du jour à Strasbourg (v. [ADL du 29 avril 2013](#) et [ADL du 30 janvier 2013 au point 3° in fine](#)), sans doute n'est-il pas inutile que la Cour saisisse l'occasion de réaffirmer fermement l'autorité de ses propres décisions (*comp.* à Cour EDH, 2^e Sect. 11 octobre 2011, [Emre c. Suisse \(n° 2\)](#), Req. N° 5056/10 – [ADL du 16 octobre 2011](#)).

En second lieu, un nouvel examen de la rétention familiale par les juges européennes leur offrirait **l'opportunité de corriger un autre péché originel : le refus de la Cinquième Section de condamner le principe même de la rétention des enfants**. La solution de janvier 2012 a en effet empêché l'affirmation d'une ligne jurisprudentielle unifiée à ce sujet (v. [ADL du 22 janvier 2012 in fine](#)). Or cette « *absence de position claire et précise de la Cour européenne sur la rétention des mineurs étrangers [a] privé[e] nombre d'entre eux d'une protection réelle contre les traitements inhumains ou dégradants en centre de rétention* » (Karine Parrot, « Condamnation de la France en raison de la rétention des mineurs étrangers », in [Revue critique de droit international privé](#), 2013, n° 4, pp. 826 et s.). Les lendemains contentieux de l'arrêt [Popov](#) ont amplement confirmé qu'en se bornant à encadrer, même strictement, les conditions d'une telle détention des enfants, la Cinquième Section n'a pas usé de la démarche la plus optimale pour dissuader efficacement les États de recourir à cette rétention. Et donc éviter une réitération de la situation sanctionnée en janvier 2012.

Certes, nul ne contestera la nécessité pour la Cour de laisser une certaine marge d'appréciation aux États, en particulier pour ce qui est des moyens permettant de parvenir au résultat exigé (v. not. [ADL du 26 février 2013](#) ou [ADL du 8 avril 2013](#)). Mais **à l'heure de fixer les contraintes conventionnelles, les juges européens ne doivent pas sacrifier l'effectivité de leur solution sur l'autel de la liberté étatique**. Sans nécessairement présumer de la mauvaise volonté des États, certaines condamnations en demi-teinte à Strasbourg risquent de mener vers des résultats très contrastés dans l'espace national (v. [ADL du 16 décembre 2012 au point II-B](#) sur Cour EDH, G.C. 13

décembre 2012, [De Souza Ribeiro c. France](#), Req. n° 22689/07).

Dans certains contentieux en particulier, la Cour devrait s'abstenir de prendre le risque d'une mauvaise exécution de ses arrêts, tant les conséquences sont graves et irréversibles pour les personnes qui en font les frais. Récemment, cette philosophie a opportunément conduit à l'émergence d'une sorte de principe de précaution en droit des étrangers et au profit des personnes vulnérables (v. [ADL du 18 avril 2013](#) sur Cour EDH, 4^e Sect. 16 avril 2013, [Aswat c. Royaume-Uni](#), Req. n° 17299/12). *Mutatis mutandis*, une telle logique prudentielle mériterait d'être transposée au contentieux de la rétention des enfants : étrangers, particulièrement vulnérables, exposés à un risque grave et irréversible de violation conventionnelle... Autant de caractéristiques clefs qui ne peuvent qu'inciter la Cour européenne des droits de l'homme à ajuster sa jurisprudence, pour enfin **condamner le principe même de la rétention des enfants**.

Pour ce faire, elle peut aisément s'appuyer sur des tendances convergentes en Europe et même au-delà (v. [ADL du 22 janvier 2012 in fine](#)). Récemment, le [Comité des droits de l'enfant des Nations Unies](#) a ainsi martelé que « *la détention des enfants sur l'unique fondement de leur statut migratoire ou de celui de leurs parents est une violation des droits de l'enfant, n'est jamais dans leur meilleur intérêt, et n'est pas justifiable* » ([Report of the 2012 day of general discussion on the rights of all children in the context of international migration](#), 2013, § 32 ; v. aussi [la position commune CNCDH et DDD – p. 11](#)). Ainsi, la juridiction européenne pourrait également donner une impulsion décisive à d'autres États (sur les débats au Royaume-Uni à ce sujet, v. Diane Taylor, « [Britain's still locking up children](#) » in [The Guardian](#), 23 octobre 2012 *versus* Nick Clegg et Barbara Nalumu, « [We are proud of having ended child detention](#) », in [The Guardian](#), 29 octobre 2012).

Gageons et espérons donc que la Cour saisira l'occasion de l'affaire [Badalian](#) pour agir. Et à tout le moins, réduire les angles morts de l'arrêt [Popov](#), tant mis à l'épreuve par les réticences et insuffisances nationales.

*
* *

A l'heure où de multiples et cruciales étapes se profilent, le sort de la rétention des enfants est des plus incertains et il serait pour le moins aventureux d'en prédire l'avenir. Au fil de ses nombreuses péripéties contentieuses, cette complexe équation juridique a été affligée de multiples inconnues. Et il n'est pas acquis que les rendez-vous successifs au sein des différents palais nationaux et européens permettront de la résoudre pleinement. **Une nette clarification serait pourtant salutaire, pour qu'enfin cesse ces regrettables circonvolutions et acrobaties juridictionnelles**. L'intérêt de l'enfant – si souvent convoqué dans les débats publics – est le premier à en souffrir.

Le salut pourrait bien sûr surgir d'un prétoire. A nouveau, il serait opportun que la Cour européenne des droits de l'homme dissipe un flou préjudiciable aux droits et libertés conventionnels. **Le Conseil d'Etat français s'honorerait lui-aussi à saisir l'occasion contentieuse qui se présente à lui pour remplir pleinement sa mission de juridiction suprême**. Ce rôle est double. D'une part, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, il lui revient d'assigner aux juges du fond une ligne jurisprudentielle claire. D'autre part, dans sa position de juge national devant relayer sans délai la jurisprudence européenne (v. [ADL du 11 février 2013](#) sur Cour EDH, G.C., 7 février 2013, [Fabris c. France](#), Req. n° 16574/08), la juridiction du Palais Royal doit tracer cette ligne de façon à ce que les exigences conventionnelles soient effectivement respectées.

Au-delà, plutôt que des ajustements juridictionnels destinés à pallier d'évidentes carences textuelles, il serait surtout infiniment plus pertinent, efficace et satisfaisant que ce dilemme de la rétention des enfants soit résolu en d'autres lieux et palais : aux [Palais Bourbon](#) et du [Luxembourg](#). Voire celui de [l'Élysée](#). Autrement dit, qu'une clarification législative intervienne en France.

Or dans l'éventail des solutions à la portée du législateur, l'une d'elles permettrait d'allier disparition des difficultés juridiques, entier respect des exigences conventionnelles et – *last but not least* –

satisfaction du plus élémentaire réflexe d'humanité : **l'affirmation d'un principe de prohibition de la rétention des enfants**. Une fois encore, les exigences européennes sont un plancher, et non un plafond : rien n'empêche un Etat d'aller au-delà ([ADL du 16 décembre 2012 au point 2° B](#)). Face à une condamnation européenne insuffisamment précise, un Etat défendeur peut librement opter pour une réponse plus ferme, quitte à dépasser quelque peu les contraintes de conventionalité (v. ainsi [la possible suppression](#) du délit d'offense au Président de la République – [Art. 17 bis du projet de loi](#) – alors que la Cour ne l'avait pas clairement exigé : Cour EDH, 5^e Sect. 14 mars 2013, [Eon c. France](#), Req. n° 26118/10 – [ADL du 20 mars 2013](#)).

Une telle décision politique, coup de grâce porté à la rétention des enfants en France, constituerait le *deus ex machina* d'un contentieux tragiquement théâtral. Et qui n'a que trop duré.

Affaire M. : Cour administrative d'appel de Douai, 3^e Ch., 31 décembre 2012, [Préfet de la Seine-Maritime c. M.](#), n° 12DA00734

Affaire Popov : [Comité des ministres du Conseil de l'Europe](#) (Exécution des arrêts) : [Bilan d'action de la France](#) du 15 octobre 2012 et [communication de la CNCDH et du DDD](#) du 26 avril 2013 ([lettre de Christine Lazerges et Dominique Baudis](#)) relatives à l'affaire [Popov c. France](#)

Affaire Badalian : Cour EDH, 5^e Sect. [Badalian c. France](#), Req. n° 40119/09 (Communiquée le 29 février 2012 – Décision de refus de mesure provisoire) et Cour administrative d'appel de Bordeaux, 1^e Ch., 15 novembre 2012, [Badalian c. Préfet du Loiret](#), n° 12BX01147

Jurisprudence liée :

- **Sur la rétention des enfants étrangers** : Cour EDH, 5^e Sect. 19 janvier 2012, [Popov c. France](#), Req. n° 39472/07 – [ADL du 22 janvier 2012](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 19 janvier 2010, [Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique](#), Req. n° 41442/07 – [ADL du 20 janvier 2010](#) ; Cour EDH, 2^e Sect. 13 décembre 2011, [Kanagaratnam c. Belgique](#), Req. n° 15297/09 – [ADL du 27 décembre 2011](#) ; Cour EDH, 1^e Sect. 12 octobre 2006, [Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique](#), Req. n° 13178/03 ; Cour EDH, 1^e Sect. 5 avril 2011, [Rahimi c. Grèce](#), Req. n° 8687/08 – [ADL du 6 avril 2011](#) ; CE, 12 juin 2006, [Cimade et GSTI](#), n°282275 ; [Cass. Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2009, n° 08-14.141](#).

- **Sur la situation des mineurs étrangers (notamment isolés)** : Cour EDH, 3^e Sect. 10 avril 2012, [K.A.B. c. Espagne](#), Req. n° 59819/08 ; CE, 1^e et 6^e SSR, 30 décembre 2011, [Lassana Boigule](#), Req. n° 350458 – [CPDH du 7 janvier 2012](#) ; [Cass. Ass. Pl. 3 juin 2011, M. O. et a. c/ CAF d'Ille-et-Vilaine et a.](#), n° 09-69.052 (NB : cet arrêt a fait l'objet d'une requête devant la Cour EDH – [Affaire Okutaloshima Okanda Osungu c. France](#), Req. n° 76860/10) ; Cour EDH, 1^e Sect. 5 avril 2011, [Rahimi c. Grèce](#), Req. n° 8687/08 – [ADL du 6 avril 2011](#).

- **Sur la notion d'« intérêt de l'enfant »** : Cour EDH, G.C. 19 février 2013, [X. et autres c. Autriche](#), Req. n° 19010/07 – [ADL du 26 février 2013](#) ; Cour EDH, 5^e Sect. 4 octobre 2012, [Harroudj c. France](#), Req. n° 43631/09 – [ADL du 8 octobre 2012](#) ; Cour EDH, 1^e Sect. 14 février 2012, [Antwi et autres c. Norvège](#), Req. n° 26940/10 – [ADL du 19 février 2012](#) ; ; Cour EDH, 2^e Sect. 13 décembre 2011, [Kanagaratnam c. Belgique](#), Req. n° 15297/09 – [ADL du 27 décembre 2011](#).

Pour citer ce document :

Nicolas Hervieu et Serge Slama, « [Rétention des enfants : Vers une ultime représentation sur la scène des Palais français et européens ?](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 14 mai 2013.

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