

Paris, le 22 février 2013

---

Décision du Défenseur des droits n°MLD/2013-25

---

Le Défenseur des droits,

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

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

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

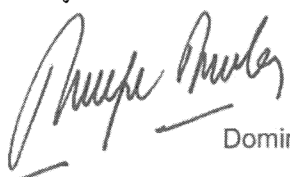
Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et notamment les articles 3, 8 et 13 ;

Vu la Convention internationale des droits de l'enfant et notamment l'article 3-1 ;

Saisi par Maître Marjane GHAEM, conseil de Monsieur \_\_\_\_\_ qui estime que la mesure d'éloignement prise à son encontre porte atteinte au droit fondamental d'effectivité du recours (article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, combiné à ses articles 8 et 3) ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant,

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'Etat à l'audience de référé du 25 février 2013.

Le Défenseur des droits



Dominique Baudis

**Observations devant la Conseil d'Etat présentées dans le cadre de  
l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011**

Par courriel du 21 février 2013, Maître Marjane GHAEM, conseil de Monsieur [redacted] a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative à la mesure d'éloignement dont il a fait l'objet le 27 janvier 2013, exécutée ce même jour.

• **Rappel des faits**

Monsieur [redacted] né le 4 mai 1972 à Madagascar, est arrivé à Mayotte en 1998. Il y réside depuis de manière continue et est père de trois enfants nés en 2000, 2002 et 2004 à Mayotte, scolarisés de manière ininterrompue dans l'île. La mère de ses enfants résidant aux Comores, les enfants sont à sa charge exclusive.

Le 23 janvier 2013 à 13h, le requérant était arrêté par la police de l'air et des frontières. Ce même jour, un arrêté préfectoral portant placement en rétention et reconduite à la frontière était pris à son encontre par le Préfet de Mayotte.

Le 25 janvier 2013, une demande de surseoir était adressée par courriel, invoquant les liens personnels et familiaux qu'il avait tissés sur le territoire en quinze ans de présence continue.

Le 27 janvier 2013, Monsieur [redacted] saisissait le juge des référés du Tribunal administratif de Mayotte tandis que, le même jour, il faisait l'objet d'un éloignement effectif à destination de Madagascar. Les enfants sont quant à eux restés sur le territoire de Mayotte.

Par ordonnance du 28 janvier 2013, le Tribunal administratif enjoignait au Préfet de Mayotte d'organiser, avec le concours des autorités consulaires françaises de Madagascar, le retour de Monsieur [redacted] estimant que l'exécution de la mesure d'éloignement était contraire aux articles 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi qu'à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Le 18 février 2013, le Ministre de l'Intérieur interjetait appel de cette ordonnance.

Monsieur [redacted] sollicite du Défenseur des droits qu'il présente des observations à son soutien devant le Conseil d'Etat, à l'audience du 25 février 2013.

• **Observations**

S'il est de jurisprudence constante qu'eu égard à l'office du juge des référés, le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi ne saurait prospérer (CE, ord. 30 décembre 2002, *Carminati*), il n'en est pas de même concernant un moyen tiré du contrôle de la conventionnalité des actes administratifs soumis à son contrôle (Voir, pour exemple, CE, ord., 5 avr. 2011, *Ciurar*; CE, ord. 4 mai 2011, *Morin*; CE, ord. 8 juillet 2011, *Simonet*).

Or, dans le cas d'espèce, il ne s'agit pas d'examiner la compatibilité des dispositions de l'article 35 de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte en vertu desquelles les recours contre les mesures d'éloignement sont dépourvues de caractère suspensif à Mayotte avec les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme (« Convention européenne ») ou de la Convention internationale des droits de l'enfant (« CIDE »).

Il s'agit seulement d'analyser si la mesure de reconduite à la frontière prise à l'encontre de Monsieur [redacted] remplit les conditions imposées par, d'une part, l'article 13 de la CEDH, combiné aux articles 8 et 3 de la même Convention et, d'autre part, l'article 3-1 de la CIDE.

Il en résulte qu'au vu de la jurisprudence précitée, un tel contrôle entre dans le cadre de l'office du juge des référés.

Or, il ressort des pièces du dossier que la décision d'éloignement litigieuse porte une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales.

I. Une mesure d'éloignement contraire à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme, combiné aux articles 8 et 3 de la même Convention

L'article 13 de la CEDH stipule que :

*« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».*

Le ministre allègue, pour justifier que le droit du requérant à un recours effectif a été respecté, que l'éloignement de Monsieur *« n'a pas été concomitant à l'exercice de son recours gracieux »* puisqu'il *« a demandé au Préfet un réexamen de sa situation le 25 janvier 2013 (...) et n'a été éloigné que le 27, ce qui a permis au Préfet d'examiner ses nouveaux arguments ».*

Dans le même sens, le Ministre précise encore que *« dans le cas d'espèce, la situation de Monsieur [ ] a bien été examinée par le Préfet de Mayotte puisque deux jours se sont écoulés entre l'exercice par l'intéressé du recours gracieux et l'exécution de la mesure d'éloignement ».*

Or, il résulte de l'arrêt de Grande Chambre *De Souza Ribeiro c/ France* de la Cour européenne des droits de l'Homme, en date du 13 décembre 2012 (Requête no 22689/07), que **si le droit à un recours effectif tel qu'il découle de l'article 13 de la Convention n'implique pas nécessairement le caractère suspensif dudit recours, il n'en demeure pas moins :**

***« qu'en matière d'immigration, lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 combiné avec l'article 8 de la Convention exige que l'Etat fournisse à la personne concernée une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité »*** (§ 83).

Le fait que le requérant ait formulé un recours gracieux ne suffit pas à satisfaire aux exigences du recours effectif. En effet, l'autorité préfectorale ne saurait être qualifiée d'*instance nationale* au sens de l'article 13, puisque seule une entité *« indépendante »* – à défaut d'être juridictionnelle – peut prétendre à cette qualification. Or, en aucun cas, le Préfet - auteur de la décision litigieuse - ne pourrait être le garant de cette indépendance et de cette impartialité nécessaire à la satisfaction des exigences de l'article 13 (*De Souza Ribeiro*, § 79).

Par ailleurs, le requérant a été reconduit à la frontière le jour même où il formait un recours contre la décision litigieuse. Or, c'est l'exécution immédiate de la mesure contestée qui est de nature à violer le droit à un recours effectif consacré à l'article 13 de la Convention. En effet, cette proximité - voire cette concomitance - entre la contestation de la mesure et son exécution avait également été pointée par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt précité et implique, selon elle, *« qu'aucun examen judiciaire des demandes du requérant n'a pu avoir lieu, ni au fond ni en référé »* (§94), ce qui *« excluait toute possibilité pour le tribunal d'examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l'article 8 de la Convention en cas de mise à exécution de la décision d'éloignement ».*

La Cour précise ensuite :

*« 95. Or, si la procédure en référé pouvait en théorie permettre au juge d'examiner les arguments exposés par le requérant ainsi que de prononcer, si nécessaire, la suspension de l'éloignement, toute possibilité à cet égard a été anéantie par le caractère excessivement bref du délai écoulé entre la saisine du tribunal et l'exécution de la décision d'éloignement. D'ailleurs, le juge des référés saisi n'a pu que déclarer sans objet la demande introduite par le requérant. Ainsi, l'éloignement du requérant a été effectué sur la seule base de la décision prise par l'autorité préfectorale.*

96. *Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la reconduite à la frontière du requérant a été effectuée selon une procédure mise en œuvre selon des modalités rapides, voire expéditives. Ces circonstances n'ont pas permis au requérant d'obtenir, avant son éloignement, un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse par une instance interne »*

Il résulte de ce qui précède que, sans même avoir à examiner les dispositions législatives liées au caractère non suspensif des recours à Mayotte en matière d'éloignement des étrangers, il apparaît que Monsieur \_\_\_\_\_ n'a pas disposé du droit à un recours effectif. **Ainsi, le juge des référés n'a pas entaché d'erreur de droit son ordonnance du juge des référés en estimant que, dans les circonstances de l'espèce, l'éloignement physique du requérant a fait obstacle à l'exercice de son droit à un recours effectif tel qu'il découle de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.**

Toutefois, l'article 13 n'est pas un article autonome et doit relever du champ d'un autre droit consacré par la Convention tels, pour le cas d'espèce, les articles 8 et 3 de la Convention.

Aux termes de l'article 8, « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale* ».

Dans l'ordonnance du juge de référés du Tribunal administratif de Mayotte qui fait l'objet de cet appel, il est indiqué que Monsieur \_\_\_\_\_, établissait « *de manière crédible l'ancienneté de son séjour à Mayotte et [se prévalait] de sa qualité de père de trois enfants nés à Mayotte en 2000, 2002 et 2004 qui vivaient auprès de lui et dont la mère, de nationalité comorienne, n'est plus à leurs côtés* ».

A ce titre, le ministre n'apporte pas d'éléments dans sa requête de nature à contredire ces faits.

Bien plus, l'exécution de la mesure d'éloignement a été prise sur le fondement de la seule décision préfectorale, laquelle ne fait mention d'aucun élément lié à la vie privée et familiale que menait le requérant et qui aurait pu prendre en compte notamment le fait qu'il semble être présent sur le territoire de Mayotte depuis 15 ans et que ses enfants sont nés en France et scolarisés de manière ininterrompue à Mayotte.

La liberté fondamentale de mener une vie familiale normale ne semble donc pas davantage respectée par l'exécution de la décision litigieuse.

Enfin aux termes de l'article 3 « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

Au vu des écritures du Ministre, tout comme des termes de l'ordonnance de référé du Tribunal, il ne fait pas débat que la mère des enfants de Monsieur \_\_\_\_\_ vit aux Comores. L'éloignement du requérant a donc eu pour conséquence de laisser vivre sur le territoire de Mayotte trois enfants âgés de 8 à 12 ans, sans représentant légal.

Or, la Cour européenne, dans un arrêt *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique* en date du 12 octobre 2006 (Requête no 41442/07) a jugé que le fait qu'une personne d'un très jeune âge, étrangère en situation irrégulière, non accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même, se trouvait dans une situation d'extrême vulnérabilité non conforme à l'article 3 de la Convention. Dans le même arrêt, elle a estimé que le fait, pour un parent, de savoir ses enfants dans une situation de si grande vulnérabilité pouvait également s'apparenter à un traitement inhumain et dégradant.

Or, à la date du recours gracieux de M. \_\_\_\_\_, soit le 25 janvier 2013, le Préfet de Mayotte était informé des conséquences que provoquerait l'éloignement du requérant sur les conditions matérielles et psychiques dans lesquelles les trois enfants seraient, tant la souffrance psychologique de les savoir livrés à eux-mêmes pouvait être intense.

Il résulte de ce qui précède que l'éloignement de M. \_\_\_\_\_ a porté une atteinte grave au droit de ne pas subir de mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la CEDH à la fois pour le requérant et pour ses enfants.

## **II. Une mesure d'éloignement contraire à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant**

L'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) stipule que :

*« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».*

Dans l'arrêt *Cinar* du 22 septembre 1997, le Conseil d'Etat a jugé cette stipulation comme étant d'effet direct.

**En l'espèce, l'exécution de la mesure d'éloignement a eu pour conséquence – en connaissance de cause de l'auteur de cette décision – de laisser trois enfants totalement isolés, dont la mère réside aux Comores et le père à Madagascar, situation qui caractérise une violation de l'article 3-1 de la CIDE. En effet, la mesure litigieuse dont la suspension est contestée, qui n'aura pu être soumise au contrôle du juge avant son exécution, porte gravement atteinte à l'intérêt supérieur des enfants - dont le juge administratif est le garant - en les fragilisant de manière tant psychique que matérielle.**

**En conclusion, il résulte de ce qui précède que le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte était à un double titre fondé à ordonner la suspension de l'arrêté du 23 janvier 2013.**