

Paris, le 5 décembre 2013

Décision du Défenseur des droits n°MDE/2013-253

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 ;

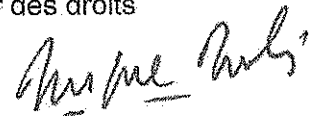
Vu la Convention internationale des droits de l'enfant et notamment l'article 3-1 ;

Vu l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte

Saisi par Maître Marjane GHAEM, conseil de Monsieur Mohamed M qui estime que la mesure d'éloignement prise à l'encontre de ses enfants, Nofili et Nadjima, âgés respectivement de 3 et 5 ans 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 6 décembre 2013 à 11h30.

Le Défenseur des droits



Dominique Baudis

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

Le 15 novembre 2013, Maître Marjane GHAEM, conseil de M. Mohamed M. , a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative à la mesure d'éloignement en date du 14 novembre 2013, exécutée ce même jour, dont ont fait l'objet ses enfants, Nofili et Nadjima âgés respectivement de 3 et 5 ans. Pour l'occasion, ces derniers ont été « rattachés » à un adulte, lequel aurait déclaré les accompagner. Cependant et en tout état de cause, aucun lien juridique quelconque ne reliait ces enfants à cette personne (pièce n°1).

• **Rappel des faits**

M. Mohamed M. , né aux Comores le 4 septembre 1982, est arrivé à Mayotte en 1994. Il y réside depuis de manière continue et est titulaire d'un titre de séjour temporaire renouvelé à 3 reprises. La mère de ses enfants, également présente à Mayotte se trouve elle, en revanche, en situation irrégulière. Elle a fait l'objet en 2011 d'une mesure d'éloignement avec ses enfants. Elle est immédiatement revenue à Mayotte après avoir confié ses enfants à leur grand-mère paternelle résidant à Anjouan (Union des Comores).

Dans ce contexte et dans la mesure où leur mère a attesté ne pas être en mesure de s'occuper de ses enfants (pièce n°2), il apparaît que Nofili et Nadjima sont à la charge de leur père.

Le 13 novembre 2013, les enfants étaient placés dans une embarcation de fortune pour rejoindre Mayotte.

Le 14 novembre au matin, les personnes présentes dans le bateau étaient interpellées par la gendarmerie. Ce même jour, le Préfet de Mayotte prenait un arrêté portant mise en rétention administrative ainsi qu'un arrêté de reconduite à la frontière à l'encontre d'un des passagers, M. Mohamed A. , lequel aurait reconnu, selon le procès-verbal de vérification d'identité, accompagner les enfants Nofili et Nadjima. Le Préfet procédait ainsi à l'éloignement des enfants du territoire de Mayotte en les rattachant à ce tiers.

C'est ce même jour, peu avant 17 heures que la mesure d'éloignement a été exécutée alors même qu'au cours de l'après-midi, les services de gendarmerie et de préfecture étaient informés de la présence de M. M. se réclamant de sa qualité de père des enfants et en attestant expressément par la présentation de leurs actes de naissance (cela a d'ailleurs été rappelé dans le mémoire du préfet présenté au tribunal administratif), documents établis en France. Le conseil du réclamant est également intervenu auprès du service afin de signaler le rattachement arbitraire des enfants mineurs de M. M. à un tiers, alors que ce dernier ne disposait d'aucun lien juridique avec eux ni, a fortiori d'aucune délégation d'autorité parentale.

De manière tout à fait concomitante, M. M. saisissait le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte sur le fondement de l'article L.521-2 du Code de justice administrative (référé-liberté).

Par ordonnance du 18 novembre 2013, soit quatre jours après l'éloignement des enfants, le tribunal administratif, tout en reconnaissant le caractère manifestement illégal de la décision, rejetait la requête de M. M. , au motif que

« à la date de la présente ordonnance, les enfants de Monsieur Mohamed Moustahi ont été reconduits aux Comores, où ils pourront être pris en charge par leurs grands-parents chez qui ils vivent depuis plus de trois ans, le cas échéant avec l'aide financière de leur père, dès lors qu'il ressort des propos tenus à l'audience que ce sont les grands-parents

qui ont placés les enfants dans l'embarcation interpellée le 13 novembre à la demande du requérant et qu'il n'apparaît pas que ces derniers ne soient pas en mesure de les récupérer ; qu'ainsi la situation des enfants, pour regrettable qu'elle soit, ne présente pas dans les circonstances particulières de l'espèce un caractère d'urgence de nature à justifier l'intervention à très brève échéance d'une mesure sur le fondement des dispositions précitées de l'article L.521-2 du Code de justice administrative »

Le 3 décembre 2013, Monsieur M^r interjetait appel de cette ordonnance et sollicitait du Défenseur des droits qu'il présente des observations devant le Conseil d'Etat. Par la présente décision le Défenseur des droits a décidé de présenter ses observations dans ce litige..

• 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, *Carminat*), 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'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte avec les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») ou de la Convention internationale des droits de l'enfant (« CIDE »).

Il s'agit seulement d'analyser si la mesure d'éloignement des enfants de M. M^r 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.

Il ressort des pièces du dossier que la décision d'éloignement litigieuse porte une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales (I et II) et que, dans la mesure où elle continue de produire ses effets - les enfants étant à ce jour toujours avec le tiers dépourvu de tout lien juridique avec eux et de délégation d'autorité parentale- la situation présente un caractère d'urgence justifiant l'intervention d'une mesure faisant cesser l'atteinte à ces libertés (III).

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

1) 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 ».

Ce recours doit être effectif en pratique comme en droit.

Par ailleurs, 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) :

« 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 interpellé la préfecture pour l'informer de la minorité des enfants, du fait qu'ils étaient isolés et rattachés fictivement à un tiers signifie que la préfecture avait certes bien pris sa décision en examinant le point de vue de l'intéressé mais cette circonstance de fait ne saurait par elle-même suffire à satisfaire aux exigences du recours effectif au sens de cette jurisprudence. En effet, l'autorité préfectorale ne saurait être qualifiée d'« instance nationale » au sens de l'article 13, puisque seule une entité « indépendante » 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).

Bien plus, les enfants du réclamant ont été reconduits à la frontière moins de deux heures après que la mesure d'éloignement ait été prise et simultanément à l'exercice du recours contentieux contre la décision litigieuse.

Or, c'est justement l'exécution immédiate de la mesure contestée qui est de nature à violer le droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la Convention. La proximité - voire la 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 :

« 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 »

Dans la situation d'espèce, la mesure d'éloignement a été exécutée de manière si expéditive – deux heures à peine après l'adoption de la mesure d'éloignement - qu'il n'a pas été matériellement possible pour le conseil du réclamant - alors même qu'elle était informée de l'arrêté de reconduite à la frontière dont feraient l'objet les enfants – de déposer le recours en contestation de la mesure avant le renvoi des enfants à Anjouan et de garantir aux enfants (représentés par leur père) un contrôle attentif et rigoureux de leur demande et un examen de leurs griefs tirés des articles 3 et 8 de la Convention.

Il résulte de ce qui précède que les enfants de M. M n'ont pas disposé du droit à un recours effectif. **Ainsi, le juge des référés a entaché d'erreur de droit son ordonnance en estimant que, dans les circonstances de l'espèce, l'éloignement physique des**

intéressés ne faisait pas obstacle à l'exercice du droit à un recours effectif tel qu'il découle de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Comme il sera démontré ci-dessous, les enfants alléguaient un « grief défendable » tiré des articles 3 et 8 de la CEDH, au sens de la jurisprudence de la Cour.

2) Aux termes de l'article 3 « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». De ces dispositions il découle pour l'Etat des obligations positives. Ces derniers doivent en effet prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur juridiction, plus particulièrement les personnes vulnérables comme les enfants, ne soient soumises à des tortures ou à de tels traitements.

Au vu des écritures du Préfet, tout comme des termes de l'ordonnance de référé du tribunal, il ne fait pas débat que la mère des enfants de M. MOUSTAHY vit à Mayotte. Une attestation de celle-ci témoigne en outre qu'elle ne parvient pas à s'occuper et prendre en charge ses enfants et que seul leur père le fait.

La mesure d'éloignement a donc pour conséquence de laisser vivre dans un Etat étranger deux enfants âgés de 3 et 5 ans, sans représentant légal, et sans que, ni le juge, ni le préfet ne se soient assurés que ces enfants allaient effectivement être pris en charge par leur grand-mère et qu'ils ont été effectivement récupérés par elle à leur arrivée à Anjouan, et non plus seulement par M. A' , tiers qui, il faut le rappeler, n'a aucun lien juridique avec les enfants et ne dispose d'aucune délégation d'autorité parentale. A cet égard, il convient de relever que le tribunal administratif s'est limité à constater qu'il « *n'apparaiss[ait] pas que [les grands-parents] ne soient pas en mesure de récupérer [ceux-ci]* ». Cet examen paraît insuffisant au regard des obligations positives découlant de l'article 3 de la CEDH.

Par ailleurs, il ressort des faits que les enfants n'ont pas été récupérés par leur grand-mère paternelle.

La mesure d'éloignement continue incontestablement d'exposer les enfants, isolés de leur père, démunis et livrés à eux-mêmes, à des risques de mauvais traitements qui peuvent avoir des conséquences irréversibles pour leur santé et leur bien-être.

Or, la Cour européenne, dans un arrêt *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique* en date du 12 octobre 2006 (Requête no 41442/07) - qui concernait le refoulement dans son pays d'origine d'une enfant du même âge que Nadjima, étrangère en situation irrégulière, non accompagnée car séparée de sa famille et donc livrée à elle-même - a jugé que cette enfant se trouvait dans une situation d'extrême vulnérabilité non conforme à l'article 3 de la CEDH. 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.

La Cour a également rappelé qu'au regard de la protection absolue conférée par l'article 3, la situation d'extrême vulnérabilité des enfants est l'élément qui doit être déterminant aux yeux des autorités et qui doit prédominer sur la qualité d'étranger en situation irrégulière (§55). Le préfet, comme le juge, a dès lors l'obligation de protéger les enfants non accompagnés et d'adopter des mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3. Le refoulement d'enfants isolés, en bas âge, loin de leurs parents, vers un lieu où ils ne sont pas pris en charge de manière effective et appropriée, comme en l'espèce, n'en est certainement pas une au sens de l'article 3.

Or, à la date du recours de M. M' , le Préfet de Mayotte était informé des conséquences que provoquerait l'éloignement des enfants sur leurs conditions matérielles et psychiques.

Il résulte de ce qui précède que l'éloignement des enfants de M. M. [REDACTED] 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.

3) Par ailleurs, aux termes de l'article 8, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ».

Dans l'ordonnance du tribunal administratif de Mayotte qui fait l'objet du présent appel, le juge des référés considère comme établi le fait que M. M. [REDACTED] est le père de Nofili et Nadjima, tout comme le fait que leur mère réside également à Mayotte.

A ce titre, mérite d'être relevé l'argument du préfet dans son mémoire au tribunal administratif selon lequel « le requérant (...) n'a présenté aucune pièce d'identité permettant de prouver l'identité des enfants et ainsi de justifier qu'ils sont bien les titulaires des actes de naissances qu'il a produits. Par suite, le préfet ne pouvait cautionner l'entrée irrégulière à Mayotte de ses enfants qui peuvent faire l'objet de commerce illégal et clandestin ».

Il est en effet pour le moins paradoxal de refuser d'accorder le temps nécessaire pour permettre la vérification des allégations de M. M. [REDACTED], lequel peut justifier de son identité, de la régularité de son séjour depuis 3 ans et de pièces de nature à établir un lien de filiation avec ses enfants nés à Mayotte, et d'accorder foi, dans le même temps, aux dires de M. A. [REDACTED], arrivé irrégulièrement sur le territoire de Mayotte le matin même et dépourvu de tout document attestant le moindre lien familial et légal avec les enfants qu'il était censé accompagner.

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 bientôt 20 ans et que ses enfants sont nés à Mayotte.

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

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 la décision Melle Cinar du 22 septembre 1997 (n° 161364, publiée au Recueil, p. 379), 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 deux enfants totalement isolés aux Comores alors que leurs mère et père résident à Mayotte, 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. Cette atteinte se concrétise tant par le rattachement à un tiers dépourvu de tout lien légal avec les enfants (1) que par le fait même de prendre une mesure d'éloignement à l'égard de mineurs en réalité isolés (2).

1. Le rattachement à un tiers dépourvu de tout lien légal avec les enfants

Nadjima et Nofili M [REDACTED] ont été placés en rétention administrative et reconduits à la frontière en tant que mineurs accompagnant la personne de Mohamed A [REDACTED] lequel, dans son procès-verbal d'audition administrative, donne certes les nom, prénoms et âges des enfants mais ne possède aucun document officiel établissant l'identité des enfants, pas plus qu'il ne répond à la demande de l'officier de police judiciaire tendant à préciser « *les liens avec eux* ».

Aussi, ces deux mineurs ont été « rattachés » à Monsieur A [REDACTED] sur la base des seules déclarations de ce dernier, sans vérification de la part des autorités d'un éventuel lien de filiation entre eux ou de l'autorité parentale que celui-ci pouvait exercer sur ceux-là.

Or, il ressort de différentes sources d'informations (rapports d'ONG, saisines de la Défenseure des enfants puis du Défenseur des droits, compte-rendu de la mission conduite au nom du Défenseur des droits par Madame Yvette Mathieu, Préfète, en mars 2013) l'existence de pratiques à Mayotte consistant à rattacher les mineurs étrangers manifestement isolés à des tiers majeurs n'ayant aucun lien de filiation et n'exerçant aucune autorité parentale sur eux, afin de pouvoir les placer en rétention et les reconduire à la frontière. Ce rattachement fictif relève de la pure commodité des autorités de police ou administratives.

La Cour européenne des droits de l'homme a déjà condamné la Grèce pour avoir eu recours à une pratique similaire en se fondant justement sur l'examen d'un faisceau d'indices concordants, avancé par différentes ONG et associations nationales (CEDH, 1ère section, *Rahimi contre Grèce*, 5 avril 2011, n°8687/08). Pour étayer sa condamnation, la Cour note qu'aucune « spécification supplémentaire » n'est donnée quant au lien de parenté entre le requérant et le tiers, qu'aucune information sur ce lien ne ressort des documents officiels et enfin que les autorités internes se seraient fondées uniquement sur des déclarations, de telle sorte que cette procédure pouvait être qualifiée d'aléatoire, car entourée d'aucune garantie permettant de conclure que celui-ci était de fait un mineur accompagné.

Au-delà de l'illégalité de principe d'une telle pratique, il ressort des faits de l'espèce que M. M [REDACTED], le père des enfants, s'est présenté à la gendarmerie puis à la préfecture, muni de son titre de séjour et des actes de naissance de Nadjima et Nofili établis à Mayotte. Comme il a été écrit précédemment, la préfecture soutient ne pas avoir remis les enfants à M. M [REDACTED] au motif du défaut de pièces permettant de prouver l'identité des enfants et à l'attention particulière qui devait être portée au risque de commerce illégal et clandestin d'enfants.

Toutefois, ces mêmes autorités ont confié ces enfants à un homme ne disposant d'aucun document officiel les concernant et ne prétendant aucunement exercer l'autorité parentale sur ces derniers. Or, si en application de l'article 373-3 du Code Civil, « Le juge peut, à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige, notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale, décider de confier l'enfant à un tiers, choisi de préférence dans sa parenté », en aucun cas les autorités administratives françaises ne sont compétentes pour confier, unilatéralement, des mineurs à un tiers qui ne détient manifestement pas l'autorité parentale sur eux..

Les autorités se devaient au contraire, dans le souci de protection des enfants qui leur incombe, de procéder rapidement à des vérifications qui auraient pu aisément être réalisées puisque ces enfants sont toujours rattachés à leur père par l'assurance maladie et leur

naissance a bien été enregistrée par la mairie de Chirongui à Mayotte. Eventuellement, en cas de doute persistant et afin d'évaluer au mieux leur situation, le Préfet aurait pu saisir le procureur de la République ou le juge des enfants en vue de leur placement provisoire.

En conclusion, il ressort des éléments décrits ci-dessus que le rattachement de Nadjima et Nofili à M. A [REDACTED], alors même que M. M [REDACTED] apportait des preuves de leur lien de filiation, relève d'une procédure aléatoire, portant atteinte à l'intérêt supérieur des enfants en cause, alors même qu'il ressort d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat que, « dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant » (voir, par exemple, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ J. (9 juin 2006, n° 272101).

2. L'éloignement de mineurs en réalité isolés

Il est important de rappeler qu'aux termes de l'article 34 de l'ordonnance n°2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers, « *l'étranger mineur de dix-huit ans ne peut faire l'objet, ni d'un arrêté d'expulsion, ni d'une mesure de reconduite à la frontière* ».

En l'espèce, Nadjima et Nofili ont été reconduits aux Comores, la préfecture arguant qu'ils n'y étaient « *pas dépourvus d'attaches familiales* » puisqu'ils résidaient chez leur grand-mère. Toutefois, à la lecture des pièces communiquées par la préfecture dans le cadre du contentieux introduit devant le tribunal et compte tenu du laps de temps entre le placement en rétention et le renvoi des mineurs, **aucun contact ne semble avoir été pris par les autorités compétentes avec la grand-mère, afin de s'assurer de leur prise en charge effective en cas de retour alors même qu'il semblerait que l'arrivée précipitée des enfants à Mayotte soit liée à un état de santé détérioré de celle-ci qui ne serait plus en état d'assumer ses petits-enfants. En outre, il convient d'observer que si la préfecture a mis en cause le lien de filiation supposé entre Nadjima et Nofili et leur père, elle n'a pas jugé opportun de vérifier la véracité des attaches familiales qu'elle évoque et notamment l'existence de leur grand-mère.**

Au regard des informations communiquées au Défenseur des droits, le bateau renvoyant Nadjima et Nofili serait arrivé à Anjouan aux alentours de 21h30. Or, leur grand-mère, visiblement trop faible physiquement n'a pas pu aller chercher ses petits-enfants, qui sont toujours hébergés par M. A [REDACTED] le temps qu'une solution pérenne soit trouvée. Les deux mineurs de 3 et 5 ans résident donc actuellement chez un tiers avec lequel ils n'entretiennent aucun lien de parenté et qui ne s'est aucunement vu confier l'autorité parentale. Au surplus, il ressort d'une attestation médicale que la grand-mère n'est plus en état physique de pouvoir assumer la prise en charge de deux jeunes enfants (pièce 3), circonstance qui est probablement à l'origine de la décision prise par le père de faire venir ses enfants.

Or, ainsi qu'il l'a été précédemment souligné, la CEDH a déjà conclu dans l'arrêt de 2006 précité que le refoulement d'un enfant de cinq ans, dans de telles conditions, « *lui a nécessairement causé un sentiment d'extrême angoisse et a fait preuve d'un manque flagrant d'humanité envers sa personne* » violant l'article 3 de la Convention.

Compte tenu de l'intensité des violations de plusieurs libertés fondamentales que l'exécution de la mesure d'éloignement a provoquées, il apparaît pour le moins paradoxal que le tribunal administratif de Mayotte prenne en compte, pour rejeter la requête de M. M [REDACTED], le fait qu'il n'aurait jamais entrepris de démarches pour faire venir régulièrement ses enfants à Mayotte.

En premier lieu, M. M [REDACTED] allègue s'être heurté à des refus de guichet de la préfecture et du consulat à ses demandes tendant à obtenir un visa pour ses enfants. En second lieu, il est à

noter que, si l'article 42 de l'ordonnance du 26 avril 2000 prévoit les conditions dans lesquelles un étranger, en situation régulière, peut demander à bénéficier du droit au regroupement familial, aucun décret d'application n'a été adopté en l'espèce par Mayotte, de sorte que ce droit fondamental n'a pu être exercé par le requérant.

En conclusion, il résulte de ce qui précède que Nadjima et Nofili, en tant que mineurs étrangers non accompagnés, ont été renvoyés aux Comores en violation du droit national et international, sans qu'aucune garantie quant à leur accueil à leur retour n'ait été prise par les autorités françaises. De ce fait, le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte aurait pu être, à un double titre, fondé à ordonner le retour des enfants.

III. Une mesure illégale qui continue à produire ses effets et de nature à caractériser l'urgence nécessaire à l'intervention du juge dans le cadre du référé liberté.

Ainsi qu'il vient d'être décrit, les enfants se trouvent encore à ce jour, totalement isolés de toute personne ayant un lien légal – ou même seulement familial – dans un autre pays que leurs parents et ce, en raison de la mesure d'éloignement prise à leur encontre.

C'est-à-dire que les violations de plusieurs droits fondamentaux comme le droit à un recours effectif (qui conduit le juge des référés à ne pouvoir intervenir avant l'exécution d'une décision litigieuse), le droit de mener une vie familiale normale, celui de ne pas subir de traitements inhumains et dégradants persistent, tandis que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant a été méconnu de façon continue.

Il en résulte qu'au regard des circonstances particulières de cette affaire, la situation actuelle, contrairement à ce qu'a affirmé le tribunal administratif de Mayotte, présente un caractère d'urgence de nature à justifier l'intervention à très brève échéance d'une mesure sur le fondement des dispositions de l'article L.521-2 du code de la justice administrative afin de faire cesser toute atteinte aux libertés fondamentales.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du juge des référés du Conseil d'Etat.