

CONSEIL D'ETAT

MEMOIRE EN REPLIQUE

POUR :

- 1/ Le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s**
- 2/ Le Syndicat de la Magistrature**
- 3/ Le Syndicat des Avocats de France**
- 4/ L'association Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers**
- 5/ La Ligue pour la défense des droits de l'Homme et du Citoyen
(Ligue des Droits de l'Homme)**

CONTRE :

- 1/ Le ministre de l'intérieur
- 2/ La ministre de la justice
- 3/ Le ministre de la cohésion des territoires
- 4/ Le ministre des solidarités et de la santé

A l'appui de la requête n° 406256

* * *
*

Le mémoire en défense présenté par la ministre de la justice, garde des Sceaux suscite de la part des exposants les observations suivantes.

* * *
*

I.-

Dans son mémoire en défense, la ministre, qui ne conteste pas la parfaite recevabilité des conclusions tendant à l'annulation de la circulaire qu'il a prise le 1^{er} novembre 2016, prétend, d'abord, que devrait être écarté le moyen tiré de ce que le texte a été rendu au prix d'une incompétence.

1. -

Au soutien de sa position, l'autorité ministérielle indique, d'abord, qu'elle aurait pris la circulaire du 1^{er} novembre 2016, en faisant usage des prérogatives ordinaires qu'elle tient, d'une part, en application de la jurisprudence *Jamart*, de sa qualité de chef de service, et d'autre part, des dispositions de l'article 7 du décret n° 2008-689 du 9 juillet 2008 relatif à l'organisation du ministère de la justice qui prévoient que la direction de la protection judiciaire de la jeunesse est en charge de « *conc(evoir) les normes et les cadres d'organisation de la justice des mineurs* ».

S'il est vrai que le pouvoir réglementaire auquel la ministre fait ici référence lui donne, en principe, toute latitude pour choisir les modalités suivant lesquelles il entend organiser ses services, l'administration a ici perdu de vue que cette marge ne vaut que sur celles des matières qui n'ont pas préalablement été réglées par les dispositions législatives ou les dispositions réglementaires prises par le premier ministre en application de l'article 37 de la Constitution, qui s'imposent au ministre.

Plus particulièrement, la règle est que, à l'occasion de l'exercice de son pouvoir réglementaire, le ministre ne peut pas prévoir de *dérogation* à l'application des dispositions de rang supérieur qui s'imposent à lui (v. par ex. : CE Sect. 8 janvier 1982, SARL « Chocolat de régime Dardenne », n° 17270, publié au Recueil).

D'ailleurs, décrivant les implications d'une telle règle, Mme Nicole Belloubet-Frier, professeur de droit public et aujourd'hui, garde des sceaux, ministre de la justice, expliquait, dans un article particulièrement éclairant, que : « *l'exercice (du) pouvoir d'organisation des services (tenant sa source de la jurisprudence Jamart) est (...) limité par une double contrainte : - celle du respect des normes légales et réglementaires déjà existantes ; le pouvoir d'organisation des services est un pouvoir subsidiaire qui ne s'exprime qu'en complément des lois et décrets ; le chef de service intervient pour exprimer un choix dont la discrétionnalité n'existe que*

dans le cadre de la latitude laissée par les textes existants qu'il ne saurait transgresser /- celle du respect de la compétence du Premier ministre ; le chef de service qui empiéterait sur un domaine relevant de la compétence réglementaire du Premier ministre, soit parce qu'il existe une réglementation déjà existante, soit parce que l'importance de la mesure justifie son édicton par le chef du gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics, commettrait une irrégularité » (N. Belloubet-Frier, AJDA 1990, p. 851).

Or, la circulaire litigieuse a bien eu pour objet d'écarter la réglementation existante puisqu'elle a créé, pour reprendre les termes de la circulaire, un « *dispositif dérogatoire* » et de subordonner, l'application du cadre légal notamment posé aux II et III de l'article R. 222-11 du code de l'action sociale et des familles et à l'article 375 du code civil, à la condition qu'ait été achevé l'examen, par les autorités britanniques, de l'admissibilité du mineur isolé, au Royaume-Uni.

Dans cette circulaire, concrètement, pour la mise en œuvre de ce « *dispositif dérogatoire* », l'autorité ministérielle donne à la personne responsable du fonctionnement du service public de protection de l'enfance (les présidents des conseils départementaux), pour injonction de ne pas mettre en œuvre d'évaluation des mineurs isolés à la date où la présence de ces derniers dans le ressort de leur département sont portés à la connaissance de l'administration et de ne la réaliser qu'à l'issue de la prise en charge par le centre d'accueil et d'orientation pour mineurs isolés, (circulaire, p. 2 § 9) et aux procureurs, d'une part de procéder autant que possible à des « placements directs » du mineur isolés en CAOMI et, d'autre part, de reporter l'orientation du mineur dans le dispositif de droit commun (circulaire, p. 3 § 6).

Il est évident que ce texte, dont le contenu excède les limites fixées au pouvoir d'organisation du service, est entaché d'illégalité.

2. –

Dans le cadre d'une deuxième branche de son argumentation en défense, la ministre de la justice prétend que la circulaire n'ajouterait rien à l'ordonnancement juridique et ne ferait que rappeler celles des règles de fonctionnement des CAOMI définies

par l'arrêté du préfet du Pas-de-Calais du 21 octobre 2016 (mémoire en défense, p. 4 § 5 et p. 5 § 11).

Au premier abord, déjà, la position ainsi tenue ne manque pas de surprendre car on ne voit pas de quelle manière un arrêté d'un préfet de département pourrait avoir fixé les règles d'organisation et de fonctionnement de centres d'accueil existant sur l'ensemble du territoire français.

Surtout, l'arrêté daté du 21 octobre 2016 en cause (pièce adverse n° 3) prévoyait, en réalité, des modalités de prise en charge bien différentes de celle évoquées dans la circulaire du 1^{er} novembre 2016.

Dans cet arrêté préfectoral, il avait été décidé, non pas du départ de l'ensemble des mineurs isolés vers des CAOMI, mais bien au contraire du maintien de ces derniers sur le site de la Lande, *après* l'évacuation des majeurs du bidonville de la Lande, pour y permettre l'accueil des mineurs non accompagnés dans le centre Jules Ferry et dans le centre accueil provisoire (libérés de la présence des majeurs), afin d'examiner, dans ces structures, l'admissibilité des mineurs isolés, au Royaume-Uni.

La ministre de la justice ne peut donc prétendre, de manière sérieuse, que le cadre défini trouverait sa source, dans l'arrêté du préfet du Pas-de-Calais.

Rien ne permet, par conséquent, d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'incompétence.

3. -

Pour être parfaitement complet, on ajoutera que, même dans l'hypothèse où il faudrait – comme l'y invite le texte de la circulaire qui s'appuie sur la décision du Conseil d'Etat du 27 juillet 2016, Département du Nord, n° 400055 (circulaire, p. 1 § 4) – voir le dispositif dérogatoire de prise en charge prévu par la circulaire en cause comme étant l'expression du pouvoir de police administrative générale, il faudrait alors encore considérer que le texte litigieux est entaché d'incompétence.

C'est, en effet, le chef de l'exécutif, soit donc le premier ministre – et *lui seul* – qui détient le pouvoir de police administrative générale l'habilitant à adopter celles des réglementations de police qui seront applicables sur l'ensemble du territoire national (CE 13 mai 1960, SARL « Restaurant Nicolas ; CE 2 mai 1973, Association culturelle des Israélites nord-africains de Paris, n° 81861, p. 313 ; CE 25 septembre 2013, Sté Rapidépannage 62, n° 3631884, AJDA 2013, p. 2506 ; v. également Cons. Constit. 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC ; Comp. CE 8 août 1919, Labonne, n° 56377, GAJA 20^e édition, n° 34).

Les prescriptions posées par la circulaire ainsi que celles qui portent plus généralement sur l'organisation des CAOMI dont il semblerait qu'elles aient été définies et fixées par la ministre de l'intérieur (mais on a vu qu'aucune réglementation n'avait fait l'objet de publication) n'ont pas été définies par le premier ministre.

Les décisions litigieuses sont donc entachées d'incompétence.

La censure est donc encourue.

II. –

Ensuite, pour prétendre que devraient être écartés les moyens tirés de ce que les actes litigieux seraient entachés soit d'une **erreur de droit**, soit d'une **erreur de qualification juridique des faits**, en ce qu'ils posent pour principe que les circonstances de l'espèce justifiaient que les mineurs soient affectés au sein de CAOMI, plutôt qu'au sein des structures dédiées des services d'aide sociale à l'enfance, la ministre de la justice explique, dans son mémoire en défense, que, d'une part, c'est *l'urgence* qu'il y avait à assurer la prise en charge de 1 600 mineurs isolés sans abri qui auraient justifié un tel choix et que, d'autre part, l'accueil de ces mineurs ne pouvait pas être réalisé au sein des structures du département du Pas-de-Calais, au regard des moyens insuffisants de cette collectivité.

1. –

Toutefois, la ministre de la justice ne produit aucun élément probant pour démontrer le caractère insuffisant des moyens du département du Pas-de-Calais.

a. –

L'administration se borne, sur cette question, à communiquer le schéma départemental 2011-2015 de l'enfance et de la famille en indiquant qu'il ressortirait de cette pièce que, à l'époque de l'évacuation du bidonville de la Lande à Calais, les capacités d'accueil du département étaient si insuffisantes que le conseil départemental avait finalement dû procéder au placement de mineurs isolés au sein de structures spécialisées en Belgique (pièce adverse n° 8).

Mais cette assertion ne correspond pas aux informations contenues dans le document en cause.

De celui-ci, on relève que s'il est vrai que le département du Pas-de-Calais a pu rechercher certains placements de mineurs en Belgique, le document indique que de tels procédés ont été mis en œuvre en 2004, en 2007 et en 2009.

Le document n'indique pas que ces démarches se seraient poursuivies après cette dernière date.

Le schéma départemental y indique, d'ailleurs, que les services départementaux ont exclu que ce type de démarche puisse revêtir un caractère pérenne et que, dans cette perspective, dès 2008, d'importants travaux de réflexion, en partenariat avec l'agence régionale de santé, la direction départementale de la cohésion sociale, ont été mis en œuvre pour améliorer et augmenter l'offre en vue de permettre des prises en charge adaptées dans les structures du département (pièce adverse n° 8).

On relève surtout que les placements en Belgique évoqués dans ce document ne concernent pas tellement la situation de mineurs isolés étrangers en demande de mises à l'abri, mais plutôt des enfants pris en charge par la maison départementale des personnes handicapées et devant être orientés vers des structures à vocation éducative et thérapeutique (pièce adverse n° 8, pp. 26 et 27).

Dans le schéma départemental, c'est le chapitre intitulé « 4.4. *une population concentrée sur le Calaisis : les mineurs isolés étrangers (MIE)* » qui évoque les moyens matériels déployés par le conseil départemental pour assurer sa mission de protection auprès des mineurs isolés étrangers.

Or, sur ce point, si le conseil départemental y indique très clairement que le nombre de mineurs isolés étrangers pris en charge a augmenté depuis l'année 2003, il ne fait état à aucun moment d'un risque de saturation du dispositif.

Le conseil départemental souligne, il est vrai, dans ce schéma, qu'il attend des réponses de l'Etat pour faire face au contexte d'importantes arrivées de mineurs isolés étrangers sur le littoral Nord ; mais il n'en rappelle pas moins que, dans le département du Pas-de-Calais, le dispositif de prise en charge de ce public a toujours su « *prouve(r) toute son efficacité et sa réactivité* » (pièce adverse n° 8, p. 29).

Un tel document ne prouve pas que le conseil départemental ne disposait pas des moyens matériels suffisants pour assurer la prise en charge des mineurs isolés étrangers se présentant sur son territoire.

Pour le reste, aucun autre élément produit par la ministre de la justice ne fait apparaître que le conseil départemental aurait connu des difficultés, en termes de capacité d'accueil, au cours des années 2015 et 2016, ou à tout le moins n'aurait pas pu s'adapter à l'enjeu qui était celui d'assurer la mise à l'abri (même temporaire et limitée au temps nécessaire à la répartition nationale, selon les modalités prévues par le code de l'action sociale et des familles) des mineurs isolés étrangers présents à Calais à l'automne 2016.

De leur côté, les associations exposantes ont montré que, dans sa décision du 20 avril 2016, le Défenseur des droits avait très clairement fait état de la *faisabilité* d'une mise à l'abri des nombreux mineurs isolés étrangers du bidonville de la Lande de Calais et avait rappelé la possibilité – sinon le devoir – pour l'Etat d'apporter, le cas échéant, au conseil départemental, sa « *solidarité financière afin que soient alloués au département, les moyens de pallier ces dépenses importantes* » (décision du Défenseur des droits MDE-2016-113 du 20 avril 2016, p. 8 § 1).

Il faut, d'ailleurs, mettre en lien ce dernier aspect avec les engagements internationaux qui sont ceux de la République française, s'agissant de la gestion de la frontière franco-britannique.

Dans le cadre d'une « *déclaration commune* » datée du 20 août 2015, établie par le ministre de l'intérieur français et le ministre de l'intérieur britannique, laquelle n'a, depuis, pas été dénoncée par ces mêmes autorités, les deux Etats ont notamment convenu d'assurer, au bénéfice des personnes vulnérables présentes dans le Calais, et notamment les « enfants », le développement de dispositifs d'assistance et de secours.

Le Royaume-Uni s'est engagé au versement à la République française de financements à hauteur de cinq millions d'euros par an pendant deux ans, pour assurer la protection des personnes vulnérables du littoral Nord.

Il est donc prouvé que des moyens étaient disponibles pour assurer, et au besoin, renforcer les possibilités de prise en charge de ces mineurs isolés, à Calais.

Il n'est donc pas sérieux de soutenir que les moyens d'assurer, sur le territoire du Pas-de-Calais, la prise en charge des nombreux mineurs isolés présents à Calais, au sein des structures – *de droit commun* – du service d'aide sociale à l'enfance, n'existaient pas.

b. –

Quoi qu'il en soit, même dans le cas de figure où l'on estimerait que l'administration pourrait être fondée à faire état des capacités insuffisantes du département du Pas-de-Calais, on peinerait encore à identifier les justifications fondant le recours aux CAOMI.

Comme les exposants l'ont déjà indiqué (mémoire complémentaire, p. 28 § 6), au regard du cadre légal applicable en matière de mise à l'abri des mineurs isolés étrangers, l'éventuel constat d'une insuffisance des capacités du département du Pas-de-Calais n'impliquait, en tout état de cause, pas, par lui-même, que l'Etat se substitue à l'intervention de l'autorité judiciaire et à celles des conseils départementaux et qu'il ordonne la suspension de la mise en œuvre du dispositif de droit commun.

Une telle situation imposait plutôt que l'autorité ministérielle – *en mettant en œuvre ses prérogatives d'organisation du service dans des conditions cette fois-ci plus conformes à la jurisprudence « Jamart » et aux dispositions de l'article 7 du décret*

du 9 juillet 2008 précité – prévoit les mesures de répartition sur le territoire national des mineurs non accompagnés et rappelle, au besoin dans le cadre d'une instruction ou d'une circulaire, au procureur de la République de Boulogne-sur-Mer, les modalités de saisine de la cellule de répartition nationale.

C'est d'ailleurs ce que le syndicat de la magistrature n'a pas manqué de rappeler à l'autorité ministérielle, dans un courrier du 24 octobre 2016 (envoyé une semaine avant le départ des mineurs vers les CAOMI), dans lequel l'organisation syndicale indiquait qu'elle avait été informée de ce qu'il était *envisagé* le départ des mineurs isolés étrangers vers les CAOMI et rappelait au ministre de la justice qu'il était de sa responsabilité de garantir la mise en œuvre des procédures de droit commun et, dans ce cadre, de fournir en urgence à la juridiction de Boulogne-sur-Mer (qui est celle compétente dans le ressort de la commune de Calais) les moyens matériels d'assurer la prise en charge des mineurs isolés (PROD.).

La ministre de la justice n'en a rien fait.

2. –

N'est pas davantage susceptible de convaincre l'argument avancé par la partie adverse suivant lequel ce serait l'urgence qui aurait commandé qu'un départ en CAOMI soit préféré au respect du cadre prévu par le code de l'action sociale et des familles.

a. –

En droit, l'une des règles cardinales gouvernant l'exercice du pouvoir réglementaire – dont la source remonte, selon le doyen Maurice Hauriou, à l'article 13 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 – est celle de l'interdiction *de principe* faite au pouvoir exécutif « *de déduire de son pouvoir d'assurer l'application des lois le droit de suspendre l'exécution des lois* » (M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Ed. Dalloz 2002, p. 574).

Cette règle connaît toutefois, il est vrai, un *tempérament* : le juge administratif reconnaît, en effet, que, dans certaines circonstances, l'administration peut aménager, voir écarter, les conditions d'application des règles dont elle doit, en principe, assurer l'exécution.

- Sur ce point, un premier cadre est celui offert par la théorie des *circonstances exceptionnelles*.

Dans celui-ci, l'administration peut même aller jusqu'à suspendre l'application des règles de droit commun, si, au regard de ce qu'est la gravité de la situation et du péril encouru, une telle mesure est celle qui est la plus à même de « *pourvoir aux nécessités du moment* » (CE 28 juin 1918, Heyriès, GAJA n° 31 ; v. pour une application plus récente : CE 3 novembre 1989, Galliot, n° 66118).

Mais, la notion de « circonstances exceptionnelles » doit, comme le juge le Conseil d'Etat, être entendue de manière extrêmement stricte.

Ainsi, dans les conclusions qu'il a prononcées sur la décision *Laugier* sur la décision d'Assemblée du Conseil d'Etat du 16 avril 1948, le commissaire du Gouvernement Maxime Letourneur a souligné que c'est une acception restrictive qui devait être faite de ces notions de circonstances exceptionnelles, et ce, afin que ces dernières n'offrent pas une « *porte ouverte à la suppression de toute légalité* ».

M. Letourneur a rappelé que doivent être réunies plusieurs conditions pour la caractérisation de ces mesures prises dans des « *circonstances exceptionnelles* » :

- premièrement, le constat la survenance brutale d'événements graves et imprévus ;
- deuxièmement, celui de l'impossibilité pour l'administration d'agir légalement ;
- troisièmement, celui de la persistance des circonstances exceptionnelles à la date de l'acte litigieux ;
- enfin, celui du caractère d'intérêt général de l'action effectuée qui n'est admissible que pour pourvoir aux nécessités du moment.

Voilà pour ce qui est d'un premier régime.

- S'agissant d'un second cadre, les auteurs du GAJA (ibid, n° 31, p. 197) et le professeur René Chapus (R. Chapus, DAG, T1, p. 1089 § 1278) distinguent les pouvoirs extrêmement larges dont dispose l'administration en cas de circonstances exceptionnelles, de ceux mis à sa disposition, *en cas d'urgence*.

Pour ce qui est de cette dernière hypothèse, comme l'analyse le professeur Chapus, le juge admet que les pouvoirs de l'administration pourront être relativement étendus (dans des proportions toutefois inférieures mis au bénéfice de l'administration, en cas de circonstances exceptionnelles).

Pour le professeur René Chapus, c'est avant tout pour justifier la non-observation des règles de procédure et de forme que la notion d'urgence pourra être utilisée (R. Chapus, DAG, T1, § 1277).

b. –

Les circonstances de l'espèce ne relèvent ni de la première, ni de la deuxième hypothèse.

Certes, il n'est pas discutable que les mineurs isolés étrangers présents sur le site de la Lande de Calais ont longtemps été soumis à des conditions d'extrême dénuement et de défaut de prise en charge particulièrement choquantes et dégradantes. C'est une situation que les associations exposantes ont, elles-mêmes, régulièrement dénoncé.

Mais, précisément, de telles circonstances ne peuvent être regardées comme étant en lien avec la survenance *brutale* d'événements graves et imprévus, et ce, pour au moins deux raisons.

- La première est que la situation connue à Calais à l'époque des faits n'était pas le résultat d'un événement imprévisible, mais était plutôt la conséquence directe du mode de gestion de la frontière défini par le gouvernement français et le

gouvernement britannique et des opérations de perfectionnement des dispositifs de sécurisation du port et du tunnel menées au cours des dernières années.

On a d'ailleurs vu que ce constat était *déjà* celui fait par le ministre de l'intérieur français et le ministre de l'intérieur britannique eux-mêmes qui, dans le cadre de leur « *déclaration commune* » datée du 20 août 2015, ont marqué leur préoccupation à l'endroit des personnes vulnérables, et notamment des mineurs isolés, qui, se rendant à la frontière, pour y passer le Royaume-Uni, arrivent à Calais et y demeurent, souvent pendant plusieurs semaines dans des conditions de vie souvent très difficiles, en raison des difficultés qu'ils rencontrent pour gagner le Royaume-Uni.

Evoquant aussi cette situation, le Défenseur des droits a, dans sa décision du 20 avril 2016, souligné que l'insuffisance des modalités d'accès aux procédures de réunification familiale (mais aussi l'inefficacité et la lenteur de celles-ci lorsqu'elles sont, de fait, mises en œuvre) encourage beaucoup de mineurs isolés à gagner Calais pour tenter d'y rejoindre leur famille au Royaume-Uni, par des passages irréguliers de la frontière (décision n° MDE 2016-113, p. 14).

A cet égard, le Défenseur des droits relevait que le régime de l'article 8 du règlement Dublin III portant sur les modalités de réunification familiale, offrant, selon le Défenseur des droits, pourtant un cadre adapté permettant une évolution rapide de la situation du mineur et le départ de ce dernier vers le Royaume-Uni, n'était que trop rarement mis en œuvre et devait l'être davantage (décision n° MDE 2016-113, pp. 14 et 15).

Dans cette décision du 20 avril 2016, s'agissant de la situation calaisienne, le Défenseur des droits ajoutait que la prise en compte des mineurs devait être une considération primordiale pour les pouvoirs publics et rappelait, dès cette date, l'importance qu'une réponse à la hauteur des enjeux soit trouvée.

Il faut d'ailleurs noter que ces remarques du Défenseur des droits rejoignait, en ce sens, les observations faites par le comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies le 29 janvier 2016, dans lesquelles l'instance internationale dénonçait le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas pris en compte, de manière déterminante, dans les décisions et actions du gouvernement.

Puis, se prononçant sur les spécificités du contexte local, le Défenseur des droits soulignait qu'une difficulté était liée au fait que peu de demandes de protection émanaient des mineurs eux-mêmes ; et il indiquait qu'une telle situation devait conduire les autorités publiques à s'interroger sur les moyens de parvenir à leur mission de protection en tenant compte de la réalité spécifique de ce public.

Il relevait encore que le dispositif de mise à l'abri existant à Calais ne tenait pas suffisamment compte de la particularité de la situation des mineurs non accompagnés du Calais, de leur parcours et de leur volonté de rejoindre l'Angleterre.

Et, surtout, le Défenseur des droits recommandait que « *toute nouvelle décision d'évacuation ou de démantèlement du bidonville soit différée pour permettre d'assurer en amont la mise en œuvre effective du dispositif d'approche, d'accueil et de mise à l'abri des mineurs non accompagnés à Calais et donc de favoriser effectivement leur protection* » (décision n° MDE 2016-113, p. 16).

Dans sa nouvelle décision du 22 juillet 2016, si le Défenseur des droits notait des améliorations, notamment s'agissant de l'accès aux procédures de réunification, il retenait encore l'insuffisance des modalités d'accès à ces procédures et, notamment, la nécessité de « *renforcer les personnels (dédiés) à la constitution des dossiers de réunification familiale afin que cette démarche soit intensifiée* » (décision n° MSP-MDE-2016-196, pp. 15 et 16).

Dans les deux décisions, le Défenseur des droits insiste aussi sur la nécessité que des solutions de mise à l'abri soient dégagées à Calais même, pour y mettre en œuvre un accueil et un suivi adapté à la situation spécifique des mineurs (décision n° MDE 2016-113, p. 11 ; décision MSP-MDE-2016-196, p. 12).

Il ressort donc de ces différents éléments que plusieurs semaines avant que le choix ne soit fait de diriger les mineurs isolés étrangers de Calais vers les CAOMI, l'administration disposait d'une connaissance *précise* du problème que constitue la présence d'un important nombre de mineurs isolés étrangers *sans abri* vivant à Calais ; elle avait aussi connaissance des leviers administratifs et juridiques permettant de remédier à une telle situation.

Sous ce premier angle, le litige ne relève donc pas des hypothèses dans lesquelles l'administration, ne pouvant anticiper l'apparition d'une situation, peut arguer de l'existence de circonstances exceptionnelles ou d'une urgence, pour s'écarter de l'application du droit commun.

- Deuxièmement, il convient ici de tenir compte de ce que c'est l'administration elle-même qui a créé la situation dont elle s'est finalement prévaluée, pour faire le choix de disperser les mineurs isolés étrangers, dans des conditions non conformes à la réglementation en matière de protection de l'enfance.

C'est, comme on le sait, le préfet du Pas-de-Calais et la commune de Calais qui ont été à l'origine de la création, au début de l'année 2015, du bidonville de la Lande, à Calais.

C'est encore le préfet du Pas-de-Calais qui était, au moins depuis la fin de l'année 2015 et jusqu'à l'expulsion des habitants du bidonville, l'autorité juridiquement responsable de l'accueil des migrants sur le site de la Lande à Calais (concl. X. Domino sur CE 12 octobre 2016, Min. de l'intérieur c./ Mary Jones, n° 402783, AJDA 2016, p. 2284), ce qui fait que l'autorité préfectorale était l'administration compétente pour répondre des mauvaises conditions d'accueil des mineurs isolés vivant sur le site.

Une telle disposition des choses fait, d'évidence, obstacle à ce que l'administration puisse expliquer, de manière sérieuse, qu'elle a dû faire face à une situation dont elle n'était pas en mesure d'anticiper l'apparition.

Le caractère imprévisible de la situation est encore moins évident lorsque l'on rappelle que, dès le 23 novembre 2015, le Conseil d'Etat avait enjoint aux services déconcentrés de l'Etat d'assurer le recensement des mineurs isolés présents sur la Lande à Calais, en vue de la mise à l'abri des mineurs du bidonville (CE 23 novembre 2015, Min. de l'intérieur et Cne de Calais, n° 394541, publié au Recueil Lebon) et que, de fait, l'autorité préfectorale n'a, à la suite de cela, comme on l'a déjà vu, pas apporté de réel concours pour aider le gestionnaire du service public de l'aide sociale à l'enfance à en assurer l'adaptation, au regard de l'importance des besoins et des enjeux locaux (v. sur ce point, mémoire complémentaire, p. 4).

D'ailleurs, *et pour ici s'interroger, conformément à la méthode de M. Letourneur, sur le point de savoir si les instruments du droit commun n'auraient pas permis à l'administration d'agir utilement*, il faut certainement déduire de cette même décision du 23 novembre 2015 que, pour la haute juridiction administrative, c'est la recherche d'une mise à l'abri au sein des structures de l'aide sociale à l'enfance – et non un départ vers les structures ad hoc que sont les CAO – qui constituait la mesure la plus idoine pour assurer la prise en charge des mineurs isolés étrangers du bidonville de la Lande.

Et, pour les mêmes raisons, il faut retenir que les nécessités au 1^{er} novembre 2016 n'impliquaient pas d'effectuer une telle dispersion des mineurs vers les CAOMI.

Bref, compte tenu de ce qu'a été le rôle de l'autorité préfectorale, tout au long de la période d'existence du bidonville de la Lande de Calais, mais aussi de ce qu'ont été ses abstentions à une époque où elle disposait pourtant d'une connaissance *claire et complète* de ce qu'était la situation des mineurs isolés étrangers, on ne parvient pas à se convaincre de ce que l'administration puisse, de manière pertinente, soutenir que des circonstances exceptionnelles ou une urgence justifiaient que l'on préfère écarter l'application du régime de droit commun, pour mettre en œuvre la dispersion des mineurs isolés étrangers vers des centres d'accueil et d'orientation.

Le raisonnement de l'autorité ministérielle ne tient donc pas.

Entachées d'une erreur de qualification juridique des faits, les mesures litigieuses devront être censurées.

III. –

Ensuite, la ministre conteste l'argumentation des exposantes qui portait sur le fait que les **modalités de prise en charge au sein des CAOMI n'étaient pas adaptées.**

1. –

La ministre explique d'abord que la durée de trois mois prévue par la circulaire, pour le maintien des mineurs isolés étrangers au sein des CAOMI ne serait pas excessive et serait celle nécessaire « *pour permettre aux fonctionnaires du Home Office et à l'administration française de régulariser la situation d'un certain nombre de (...) jeunes, et notamment de préparer (un) éventuel départ pour le Royaume-Uni* ».

Mais l'argument est ici difficilement compréhensible.

Il part des postulats, pour le moins étrange (et en tout cas sans fondement), que la *sortie* du mineur isolé étranger du CAOMI, et le placement de l'intéressé au sein des structures de l'aide sociale à l'enfance des différents conseils départementaux, pourrait être de nature à interrompre la poursuite de l'instruction de la procédure d'admission au Royaume-Uni du mineur isolé initiée par les agents du Home Office.

On ne voit pourtant pas qu'il existerait un tel lien de cause à effet.

Rien n'empêchait d'envisager l'inclusion du mineur isolé dans le dispositif ASE et la poursuite concomitante de l'instruction de la procédure d'admission au Royaume-Uni.

Surtout, une telle durée de maintien en CAOMI a eu d'importantes conséquences.

C'est, qu'en effet, pour limitée qu'elle soit, cette période de trois mois en CAOMI n'est pas sans effet sur l'applicabilité au mineur, de certains régimes qui pourraient pourtant lui permettre une future admission au séjour sur le territoire français.

On peut à cet égard, par exemple, rappeler que le 2° bis de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit qu'une carte de séjour portant la mention vie privée et familiale est délivrée de plein droit « *à l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, qui a été confié, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de seize ans, au service de l'aide sociale à l'enfance (...)* ».

L'article L. 313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ouvre aussi une voie de régularisation au jeune majeur qui pourrait être admis au séjour sur le fondement du travail, « *dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire* » lorsqu'il justifie avoir été « *confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans* » et qu'il justifie surtout suivre « *depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle* ».

Or, naturellement, au regard de ce que ces textes subordonnent l'admission au séjour à des conditions d'âge et de durée de prise en charge au sein de l'aide sociale à l'enfance, il est évident que le fait de *retarder* l'insertion d'un mineur au sein de l'aide sociale à l'enfance ne peut pas être sans conséquence dans le parcours d'insertion et de régularisation de chaque individu qui aura été placé en CAOMI, et qui aura, après le départ de cette structure, fixé sa résidence en France.

Plus généralement, il apparaît que l'intérêt du mineur est, en tout état de cause, celui de pouvoir intégrer les structures dédiées de l'aide sociale à l'enfance, au sein desquelles il trouvera tendanciellement un personnel plus qualifié pour assurer son suivi, évaluer ses besoins et surtout l'orienter.

On peut noter, pour finir, que la commission nationale consultative des droits de l'Homme s'est émue de cette durée excessive du maintien en CAOMI.

Dans sa déclaration du 8 novembre 2016, l'assemblée plénière de la CNCDH appelait les autorités publiques à réintégrer au plus vite les mineurs au sein du dispositif de droit commun de la protection de l'enfance (JORF n° 0060 du 11 mars 2017, texte n° 91).

Puis, dans la déclaration du 26 janvier 2017, publiée au Journal Officiel le 12 mars 2017, la commission s'alarmait de ce que, au mois de janvier 2017, très peu de mineurs avaient pu faire l'objet d'une évaluation de minorité et d'isolement par les services départementaux de l'aide sociale à l'enfance (JORF n° 0061 du 12 mars 2017, texte n° 34).

Et l'on sait aujourd'hui que la CNCDH avait raison : la prise en charge inadaptée et d'une durée excessive en CAOMI a eu des conséquences graves.

Comme le soulignent les sénateurs Elisabeth Doineau et Jean-Pierre Godefroy dans leur rapport d'information sur la prise en charge des mineurs non accompagnés du 28 juin 2017, sur un total de 1 922 mineurs isolés accueillis en CAOMI, 709 ont fugué et sont retombés en errance (sans donc que le procureur de la République ou le président du conseil départemental n'ait eu, le moindre contact ou la moindre information sur le mineur en question) ; et, seuls 194 mineurs (soit donc à peine 10 %) ont été orientés vers un service de l'ASE (rapport n° 598 du 28 juin 2017, p. 26).

Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'autorité ministérielle ne peut pas valablement soutenir qu'était adaptée la durée de trois mois prévue pour le maintien en CAOMI et durant laquelle ne pouvaient pas intervenir les différentes autorités auxquelles la loi a confié la charge d'assurer la protection de ces mineurs isolés.

2. –

Ensuite, la ministre de la justice, qui reconnaît que les modalités d'organisation au sein des CAOMI prévoient bel et bien de ne pas scolariser les mineurs, soutient que cette modalité serait légale compte tenu de ce que, d'une part, les mineurs en CAOMI seraient placés dans une situation différente de celle des autres et de ce que, d'autre part, le dispositif du CAOMI était en tout état de cause temporaire.

Mais, outre qu'on ne voit pas que les mineurs en CAOMI devraient être regardés comme étant placés dans une situation différente de celle des autres mineurs, le constat est que, en tout état de cause, comme cela a été évoqué dans le mémoire complémentaire (mémoire complémentaire, p. 37), il existe, au sein des services du ministère de l'éducation nationale, déjà des dispositifs qui permettent de tenir compte des besoins particuliers des mineurs isolés étrangers, qu'ils soient en transit ou non, qui ont quitté Calais pour les CAOMI (mémoire complémentaire, p. 37 § 3).

L'administration n'explique pas les raisons pour lesquelles elle n'a pas cherché à utiliser ces dernières modalités.

Or, rien ne justifiait – pas même le caractère temporaire du maintien dans le dispositif (il n'apparaît pas des articles L. 131-1 et L. 122-2 du code de l'éducation que ce serait dans la seule hypothèse du caractère pérenne de la présence du mineur, que l'obligation scolaire et le droit de poursuivre une scolarisation au-delà de seize ans devraient être respectés) – que l'autorité administrative fasse le choix d'inviter les gestionnaires du CAOMI à ne pas assurer la scolarisation des mineurs pris en charge.

Aussi et en tout état de cause, il sera indéniablement relevé par le Conseil d'Etat la violation de la loi par l'administration en ce qu'elle a manifestement violé les dispositions combinées des articles L. 111-1, L.131-1 et L. 131-1-1 du code de l'éducation et a fortiori, comme il a déjà été relevé dans le mémoire complémentaire des requérants, celles de l'article L. 131-1 qui imposent une scolarité obligatoire pour les mineurs entre l'âge de 6 ans et de 16 ans.

Encore, la méconnaissance du principe d'égalité devant le service public ne pourra lui aussi qu'être constatée.

L'égalité entre les usagers du service public s'impose dans la jurisprudence administrative comme principe général du droit (CE, Ass., 1er avr. 1938, Sté L'alcool dénaturé, Lebon 337 – CE, Sect., 9 mars 1951, Sté des concerts du conservatoire, req. no 92004, Lebon 151 – CE 13 oct. 1999, Cie nationale Air France, req. no 193195, Lebon 303).

Si le Conseil d'État permet à l'autorité administrative d'instaurer des différences de traitement entre usagers d'une part lorsque ces derniers se trouvent dans une situation différente, d'autre part pour des motifs d'intérêt général liés au fonctionnement même du service, il est patent pour les moyens déjà exposés dans les précédentes écritures des requérants (mémoire complémentaire, pp. 35 à 37) que, en l'espèce, ces exceptions ne sauraient en l'espèce recevoir application.

A titre d'exemple, la violation du principe d'égalité des usagers devant le service public a été retenue s'agissant du refus opposé par un maire à l'inscription à l'école maternelle d'enfants qui appartenaient à des familles d'"immigrés hors CEE" dont il souhaitait interrompre l'afflux (Tribunal administratif de Bordeaux 14 juin 1988, El Rhazouni, Rec. Leb. p. 519).

A fortiori et s'agissant d'une hypothèse proche de l'espèce, il est encore possible de citer le jugement rendu par le tribunal administratif de Versailles ayant annulé pour méconnaissance du principe d'égalité la décision du maire de Ris-Orangis de **scolariser même temporairement** les enfants appartenant à la communauté rom dans un gymnase (TA Versailles 16 mars 2017 n°1300665).

Au regard de ce cadre juridique, on peine à comprendre l'affirmation péremptoire de la partie adverse selon laquelle la présence au sein des CAOMI d'« animations éducatives », « l'appel à des bénévoles » ou encore « le caractère temporaire » de ces centres permettraient de considérer que les mineurs qui y sont placés se trouvent dans une situation différente des autres mineurs présents sur le territoire français ou que des motifs d'intérêt général liés au fonctionnement même du service de l'éducation nationale puissent justifier cette différence de traitement.

Enfin, en tant qu'elle se fonde sur une prise en compte des conditions de résidence des mineurs isolés en CAOMI pour retenir que les intéressés ne peuvent bénéficier que d'« animations éducatives » et « de sensibilisation à l'apprentissage du français » sans pouvoir accéder aux services scolaires ordinaires, la circulaire contestée viole l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales combiné à l'article 2 du Protocole additionnel n°1 à ladite Convention.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CESDH) pose le principe de non-discrimination en stipulant que : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* »

Selon l'article 2 du protocole n°1 additionnel à la Convention, « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ».

Le principe de non-discrimination interdit que des personnes ou groupes de personnes placés dans une situation identique soient traités différemment sans une

justification objective et raisonnable (CEDH, 23 juillet 1968, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique belge c. Belgique, n°1474/62, §10).

Selon la Cour européenne des droits de l'homme : « *L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » (Cour EDH, 23 juillet 1968, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique belge c. Belgique, n°1474/62, §10).

Par ailleurs, l'article 14 de la CESDH prévoit une liste de motifs de discrimination prohibés qui n'est pas limitative.

A ce titre, les termes « *toute autre situation* » de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales englobent les discriminations fondées sur le lieu de résidence : « *71. En conclusion, la Cour considère que le lieu de résidence d'une personne s'analyse en un aspect de sa situation personnelle et constitue par conséquent un motif de discrimination prohibé par l'article 14 de la Convention.* » (CEDH, 16 mars 2010, Carson et autres c. Royaume-Uni, n°42184/05, v. également CEDH, 28 février 2013, Gouri c. France, n° 41069/11 § 71).

Les conditions d'accès des enfants étrangers au système éducatif du pays d'accueil ont déjà donné l'occasion à la Cour européenne de condamner un Etat qui avait mis en place des frais de scolarité pour l'accès à l'enseignement secondaire des seuls enfants étrangers non titulaires d'un droit de séjour permanent. Ainsi, les juges européens condamnent à l'unanimité la Bulgarie pour discrimination dans la jouissance du droit à l'instruction sur le fondement de la violation de l'article 14 combiné à l'article 2 du Protocole n° 1. (Cour EDH, 4e Sect. 21 juin 2011, Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie, Req. n° 5335/05)

Dans cette dernière affaire, la juridiction strasbourgeoise relevait que les autorités bulgares exigeaient des requérants le paiement de frais de scolarité uniquement à raison de leur nationalité et de la nature de leur titre de séjour (sur les critères prohibés de distinction, v. Cour EDH, 3e Sect. 30 novembre 2010, P.V c. Espagne,

Req. n° 35159/09 – ADL du 3 décembre 2010 ; Cour EDH, 4e Sect. 13 juillet 2010, Clift c. Royaume-Uni, Req. n° 7205/07 – ADL du 27 juillet 2010). Du fait de ce seul motif, ils ont donc été traités différemment des autres élèves – de nationalité bulgare ou dotés d’un autre statut migratoire – pourtant placés dans une situation similaire (§ 50 et 49).

Il sera par ailleurs relevé qu’en l’espèce, la différence de traitement instituée par la décision contestée ne repose manifestement pas sur « *une justification objective et raisonnable* » (§ 51 – v. Cour EDH, 1e Sect. 10 mars 2011, Kiyutin c. Russie, Req. n° 2700/10 – ADL du 13 mars 2011).

En premier lieu, cette marge est réduite lorsque la différence de traitement repose exclusivement sur la nationalité (§ 52 – Cour EDH, 1e Sect. 28 octobre 2010, Saidoun c. Grèce et Fawsie c. Grèce, Resp. Req. n° 40083/07 et 40080/07

En second lieu et a fortiori « *la marge nationale d’appréciation [dans le domaine de l’éducation] s’accroît avec le niveau d’enseignement, de façon inversement proportionnelle à l’importance de cet enseignement pour ceux qui sont concernés par celui-ci et pour la société dans son ensemble* » (CEDH 21 juin 2011, Anatoliy Ponomaryov et Vitaliy Ponomaryov c. Bulgarie, § 56).

Dans cette dernière affaire, la Cour européenne a sanctionné un mécanisme de restrictions à l’accès à l’enseignement secondaire dont il sera relevé qu’il était comparable à celui qui a vocation à accueillir la grande majorité des mineurs placés au sein des CAOMI.

A l’évocation de ce cadre jurisprudentiel, il est ainsi patent qu’en l’espèce, en excluant purement et simplement de la scolarisation les mineurs des CAOMI pour la seule raison qu’ils séjournent dans de telles structures, la décision contestée ne saurait être regardée comme reposant sur des motifs objectifs et raisonnables et viole les dispositions de l’article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales combinées à celles de l’article 2 du Protocole additionnel numéro n°1 à ladite Convention.

L’annulation est certaine.

* * *

*

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, les exposants persistent dans leurs précédentes écritures.

PRODUCTION :

Courrier du syndicat de la magistrature du 24 octobre 2016