

Patrice SPINOSI
Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
16 Boulevard Raspail
75007 PARIS

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REQUETE ET MEMOIRE

POUR :

1/ Le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s (Gisti), dont le siège social est situé 3 Villa Marcès à PARIS (75011), pris en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

2/ L'association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE), dont le siège social est situé 21 ter rue Voltaire à PARIS (75011), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

3/ L'association AIDES, dont le siège social est situé 14 rue Scandicci à PANTIN (93508), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

4/ L'association de soutien aux Amoureux au Ban Public, dont le siège social est situé 46 boulevard des Batignolles à PARIS (75017), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

5/ La CIMADE, dont le siège social est situé 64, rue Clisson à PARIS (75013), prise en la personne de son représentant légal domicilié

en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

6/ La Fédération des Associations de Solidarité avec Tou-te-s les Immigré-e-s (FASTI), dont le siège social est situé 58 Rue Amandiers à PARIS (75020), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

7/ La Ligue des droits de l'homme, dont le siège social est situé 138 rue Marcadet à PARIS (75018), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

8/ L'association Médecins du monde, dont le siège social est situé 62 rue Marcadet à PARIS (75018), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice ;

9/ Le Syndicat de la Magistrature, dont le siège social est situé 12-14 rue Charles Fourier à PARIS (75013), pris en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dument habilité à agir en justice.

*Ayant pour avocat Maître Patrice SPINOSI,
avocat au Conseil d'Etat*

CONTRE : Les articles 5, 9, 11, 14, 17 et 20 de l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative) (Prod. 1)

Le GISTI, l'ANAFE, l'association AIDES, l'association de soutien aux Amoureux au Ban Public, la CIMADE, la FASTI, la Ligue des droits de l'homme, Médecins du monde et le Syndicat de la Magistrature, exposants, défèrent la décision susvisée à la censure du Conseil d'Etat en tous les faits et chefs qui leur font grief.

FAITS

I. La transformation de Mayotte en département d'outre-mer le 1^{er} avril 2011 a eu pour effet d'ériger cette collectivité en « région ultra-périphérique » (RUP) de l'Union européenne le 1^{er} janvier 2014.

L'article 349 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») permet au Conseil d'arrêter des mesures spécifiques, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, visant à adapter certaines dispositions du traité ainsi que les politiques de l'Union aux caractéristiques et contraintes particulières de ces régions générées notamment par leur éloignement, leur insularité, leur climat, leur faible superficie et leur dépendance économique vis-à-vis d'un nombre limité de produits.

Dans ce cadre, l'article 355.6 du TFUE a permis l'évolution institutionnelle des régions et territoires européens ultrapériphériques au moyen d'une « clause passerelle ».

Celle-ci habilite le Conseil, sur initiative de l'Etat membre concerné, à adopter une décision modifiant le statut d'un pays ou territoire français, danois ou néerlandais, visé à l'article 355 alinéa 1 ou 2, en statuant à l'unanimité, après consultation de la Commission, sans modification du Traité.

Deux des territoires français ultramarins ont ainsi engagé un processus d'évolution institutionnelle. A la demande des autorités françaises, le Conseil européen a décidé, le 27 octobre 2010, d'octroyer le statut de « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM) à Saint-Barthélemy à compter du 1^{er} janvier 2012.

De même à la suite de la saisine par les autorités françaises du Conseil européen, le 26 octobre 2011, Mayotte, auparavant PTOM, est devenue RUP à compter du 1^{er} janvier 2014. Le Conseil Européen a en effet donné son accord le 11 juillet 2012.

A la suite d'une question posée par une députée européenne, Mme Malmström précisait le 24 avril 2013 :

« La Commission, ayant analysé la demande des autorités françaises en faveur d'une dérogation à l'article 13, paragraphe 2, de la directive sur les retours (directive 2008/115/CE) et à l'article 13, paragraphe 5, de la directive sur les normes d'accueil (directive 2003/9/CE), considère qu'il n'y a pas lieu d'accorder de mesures transitoires ou de dérogations à l'acquis de l'UE en la matière.

Cette analyse préliminaire ne remplace pas le contrôle a posteriori qui sera effectué, selon les procédures prévues à l'article 258 du TFUE, de la transposition et de l'application à Mayotte de l'acquis de l'UE dans le domaine de l'immigration et de l'asile. Aucune proposition n'est nécessaire pour assurer la conformité avec l'acquis de l'UE. La France, dans le cadre de la mise en œuvre de cet acquis sur le territoire de Mayotte, est tenue de respecter les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ».

Dès lors, la législation applicable à Mayotte doit se conformer à l'ensemble des normes européennes – en particulier les directives européennes sur l'immigration, l'asile et le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier – et se rapprocher, en tenant compte de certaines spécificités, de la législation applicable en Métropole.

I-2 En ce sens, l'article 27 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer a autorisé le Gouvernement à prendre, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, les mesures législatives nécessaires pour rapprocher la législation applicable au Département de Mayotte de la législation applicable en métropole et dans les autres collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution.

Selon le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014, ce rapprochement de la législation applicable à Mayotte en matière d'entrée et de séjour des étrangers du droit commun *« s'inscrit dans l'objectif de réduction des écarts avec le droit commun fixé par le Conseil d'Etat dans son avis du 20 mai 2010 sur la compatibilité du maintien d'une législation spécifique après le 31 mars 2011, date à laquelle Mayotte est devenue le 101e département français ».*

En intégrant Mayotte dans le CESEDA (partie législative), le Gouvernement a abrogé l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte qui régissait jusque-là, la situation des étrangers sur l'île de l'archipel des Comores (art. 21, I et IV de l'ordonnance contestée).

L'ordonnance contestée est entrée en vigueur le 26 mai 2014 en même temps que le décret n° 2014-527 du 23 mai 2014 portant modification du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire) en ce qui concerne Mayotte, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle Calédonie.

C'est le texte dont les dispositions sont attaquées.

I-3 Le CESEDA s'applique désormais à Mayotte mais au prix de dérogations qui continuent de priver les ressortissants de pays tiers de certains droits applicables en métropole.

Et ce, sans que le Gouvernement parvienne à justifier une telle dérogation par les spécificités de cette collectivité ultramarine, notamment au regard d'autres départements et régions d'outre-mer comme la Guyane.

En particulier, le Gouvernement n'a aucunement agi de façon à mettre la législation applicable à Mayotte en conformité totale avec les exigences du droit européen, essentielles celles issues de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pourtant, le Gouvernement n'est pas sans ignorer que, pour respecter pleinement et effectivement l'article 13 de la Convention européenne, il importe que le recours contre les mesures d'éloignement soit de plein droit suspensif (Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07).

DISCUSSION

Sur la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'Etat

II. A titre liminaire, il n'est pas inutile de préciser que le Conseil d'Etat est bien compétent pour connaître du présent recours.

II-1 En droit, l'article R. 311-1 du Code de la justice administrative dispose que :

« Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets ».

II-2 En l'espèce, la présente requête est dirigée contre des dispositions d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution. Par suite le Conseil d'Etat est compétent en premier et dernier ressort.

Sur la recevabilité

III. Encore à titre liminaire, il importe de souligner que les associations et syndicats exposants sont bien recevables à solliciter l'annulation de l'ordonnance contestée.

En ce qui concerne le caractère réglementaire de la décision contestée

III-1 En effet et d'une part, l'ordonnance contestée a été prise par le Gouvernement sur habilitation du législateur (article 27 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer) dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution.

Or, de jurisprudence constante (CE 24 nov. 1961, *Fédér. nationale des syndicats de police*, Lebon 658), ces ordonnances de l'article 38 ont une valeur réglementaire tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par le Parlement et, par conséquent, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif.

Par suite, les associations et syndicat requérants peuvent valablement contester la présente ordonnance devant le Conseil d'Etat.

En ce qui concerne les délais

III-2 D'autre part, la présente requête a été enregistrée dans les deux mois de la publication de l'ordonnance contestée au *Journal officiel* (JORF n°0108 du 10 mai 2014 page 7861 texte n° 22).

Elle est donc indéniablement recevable.

En ce qui concerne l'intérêt et la capacité à agir des associations requérantes

III-3. De troisième part, les associations exposantes disposent bien tant d'un intérêt à agir que de la capacité à agir.

III-3.1 Premièrement, s'agissant de l'intérêt à agir du **GISTI** et de la capacité à agir de son président, il convient de préciser que, selon l'article 1^{er} de ses statuts, le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s (Gisti), association constituée conformément à la loi du 1^{er} juillet 1901, a pour objet :

« - de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des étrangers et des immigrés ;

- d'informer les étrangers des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;

- de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité ;

- de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ;

- de promouvoir la liberté de circulation ».

A de très nombreuses reprises, l'intérêt à agir du Gisti a été reconnu pour contester des dispositions réglementaires ou de circulaires applicables aux étrangers outre-mer (CE, 27 septembre 1985, *FTDA et GISTI*, n° 54114, au recueil Lebon) et même spécifiquement à Mayotte (CE, réf., 27 août 2012, *Gisti et a.*, n° 361.404 ; CE, 19 décembre 2012, *Gisti*, n° 354.947, au Recueil. V. aussi, dernièrement, les interventions volontaires du Gisti : CE, réf., 10 décembre 2013, *consorts Moustahi*, n° 373.686 ; CE, réf., 19 février 2014, *Ali Moindjie*, n° 375.256).

Par décision du bureau du 7 juin 2014, le président a été autorisé à ester en justice (Prod. 2).

III-3.2 Deuxièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de l'**ANAFE**, selon les articles 3 et 4 de ses statuts, son objet est d'apporter une aide effective auprès des étrangers et étrangères en difficulté aux frontières et se donne aussi pour objectif d'intervenir auprès des pouvoirs publics afin que le sort qui leur est réservé soit respectueux tant du droit français que des conventions internationales.

« Article 3 :

But : apporter une aide effective, active et compétente aux personnes qui se trouvent ou se sont trouvées en difficulté aux frontières ou en zone d'attente. »

« Article 4 :

Moyens :

- a) *l'association exerce son activité notamment dans chaque aéroport, port, autre zone frontalière ou d'attente ;*

b) elle sollicite des autorités compétentes l'accès à ces lieux et à toute personne à qui elle entend apporter aide et assistance. »

L'Anafé intervient dans les zones d'attente pour assister les personnes qui y sont maintenues et, depuis sa création, l'Anafé exprime ses préoccupations concernant la situation des étrangers aux frontières françaises et dénonce les dysfonctionnements dans les procédures de refus d'entrée et de refoulement notamment. Ainsi publie-t-elle régulièrement des rapports.

L'Anafé agit également en justice devant différentes juridictions et ses actions ont toujours été jugées recevables (notamment : CE 3 octobre 1997, n° 170.527; CE 30 juillet 2003, n° 247.986 et 332.289 ; CAA 8 juillet 2010, n° 09PA05719 ; CE 23 octobre 2009, puis CJUE, Affaire préjudicielle C-606/10 ; CE 15 février 2013, n° 365.709 ; CE 20 mars 2013, n° 366.308 ; CE 29 avril 2013, n° 357.848).

Enfin, l'Anafé a été admise à intervenir à titre d'*amicus curiae* dans l'affaire *Gebremedhin c. France*, ayant conduit à la condamnation de la France pour sa procédure relative à l'asile à la frontière, dans la mesure où « l'article 13 [de la Convention] exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif » (§ 14) (Cour EDH, 26 avril 2007, req n° 25389/05).

L'intérêt à agir de l'Anafé est donc avéré.

Par délibération du 6 juin 2014 son co-président a été habilité par le bureau de l'Anafé à ester en justice (Prod. 3).

III-3.3 Troisièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de l'association **AIDES**, aux termes de l'article 1^{er} de ses statuts, cette association a pour objet :

- « (...) de mener toutes actions visant à la transformation des pratiques, des structures ou des réglementations dès lors qu'elles constituent une entrave à la lutte contre l'épidémie à VIH et aux besoins des personnes qui s'expriment à AIDES ;
- (...) de défendre l'image, la dignité et les droits des personnes atteintes par l'infection au VIH ».

A Mayotte, en raison du défaut de données épidémiologiques et des carences en matière de dépistage, il n'est pas possible d'établir de manière certaine le taux de prévalence et d'incidence en matière de VIH/sida. Toutefois, les flux migratoires en provenance d'Afrique de l'Est, fortement touchée par l'épidémie, la place importante du multi partenariat avec des partenaires occasionnels, le fait que les contaminations soient majoritairement sexuelles et hétérosexuelles, laissent présager de l'ampleur de la problématique du VIH, des hépatites et, plus largement, des infections sexuellement transmissibles.

Puisque le droit au séjour est déterminant dans l'accès à la protection sociale, en particulier la protection maladie (sans laquelle l'accès effectif aux soins est compromis), que la protection contre l'éloignement est nécessaire pour garantir l'accès à la prévention et aux soins sur le territoire français, et compte tenu du contexte mahorais et des droits fondamentaux en cause, AIDES a intérêt à agir dans le cadre de la présente requête.

Son intérêt à agir dans le cadre de contentieux relatifs à l'amélioration des droits des migrants a été reconnu recevable par les juridictions administratives (notamment CE, 7 juin 2006, n° 285.576).

Par décision du bureau du 6 juin 2014, le président a été autorisé à ester en justice (Prod. 4).

III-3.4 Quatrièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de l'association des **Amoureux au Ban Public**, celle-ci a pour objet de soutenir l'action du mouvement des « Amoureux au ban public ».

Elle agit pour la défense et la promotion des droits des familles et des couples binationaux, et notamment des familles et des couples franco-étrangers, par :

- La collecte et la diffusion des informations sur la situation juridique, économique et sociale des familles et des couples binationaux en France et à l'étranger ;

- L'information par tous moyens des personnes membres de familles binationales, et notamment en situation de couple binational, de leurs droits en France et à l'étranger
- Le soutien par tous moyens des actions menées par les personnes membres de familles binationales, et notamment en situation de couple binational, pour faire reconnaître et respecter leurs droits en France et à l'étranger ;
- Le soutien et l'impulsion de toute action d'information, de sensibilisation ou de mobilisation de nature à défendre, promouvoir et renforcer les droits des familles et des couples binationaux ainsi que la reconnaissance de leur place dans la société ;
- Le combat contre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, visant notamment les familles ou les couples binationaux, et l'assistance celles et ceux qui en sont victimes.

A ce titre, l'association est par exemple recevable à agir au soutien d'une action engagée devant le juge administratif par un ressortissant étranger conjoint de Français(e) auquel l'administration refuse la délivrance d'un visa d'entrée en France (CE, 21 juin 2010, *Agandir*, n° 338.979 ; TA Nantes, 3 août 2012, *Lekaili*, n° 1206398) ou la délivrance d'un titre de séjour (TA Paris, 12 oct. 2012, *Nishimura épouse Le Pelleter*, n° 1216990/9 ; TA Montreuil, 13 janv 2014, *Hirrane*, n° 1308308).

Or, l'ordonnance contestée restreint à Mayotte les droits des couples mixtes ou de leurs enfants étrangers.

La Présidente de l'association, qui dispose du pouvoir d'agir en justice en application de l'article 8 des statuts, est habilitée à engager la présente action (Prod.5).

III-3.5 Cinquièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de la **CIMADE**, l'article 1^{er} des statuts de cette dernière précise que :

« La Cimade a pour but de manifester une solidarité active avec ceux qui souffrent, qui sont opprimés et exploités et d'assurer leur défense, quelles que soient leur nationalité, leur origine, ou leur position

politique ou religieuse. En particulier, elle a pour objet de combattre le racisme. »

Depuis sa création en 1939, La Cimade a développé ses actions d'accueil et de défense des droits des étrangers, tant sur les questions relatives au statut juridique des personnes que sur celui de leurs droits sociaux.

Aujourd'hui, La Cimade reçoit, informe et conseille chaque année dans ses permanences d'accueil réparties sur le territoire français, y compris en Guyane, plus de 100.000 étrangers sur leurs droits et leur situation juridique.

Elle intervient dans la moitié des centres de rétention administrative de la France hexagonale ainsi que dans ceux d'Outre-mer afin d'assurer un accompagnement humain, social et juridique des étrangers retenus.

Son intérêt à agir dans le cadre de contentieux relatifs à l'amélioration des droits des migrants a été reconnu recevable à de nombreuses reprises par le Conseil d'État (CE, 30 décembre 2013, n° 350.191 et n° 350.193 ; CE, 17 avril 2013, n° 335.924 ; CE, 21 mars 2013, 366837, CE, 5 mars 2013, 366.340 ; CE, 28 juin 2012, 360381 ; CE, 11 octobre 2011, n° 353.002), y compris concernant le droit des migrants à Mayotte (CE, 10 décembre 2013, n° 373.686).

Par décision de son bureau du 12 juin 2014, la présidente de la Cimade a été habilitée à ester en justice (Prod. 6).

III-3.6 Sixièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de la **FASTI**, selon l'article 2 de ses statuts, la FASTI, association régulièrement constituée et déclarée en préfecture, fondée le 9 mai 1967, a pour objet de :

« Regrouper les Associations de Solidarité avec les Tou-te-s Immigré-e-s (ASTI) sur l'ensemble du territoire en vue notamment :

- D'apporter aux associations affiliées toute l'aide nécessaire à l'accomplissement de leur tâche, et en particulier, d'assurer au niveau national leur représentation auprès des pouvoirs publics.

- *De promouvoir avec les personnes immigrées, l'éducation populaire, les conditions d'accueil, les conditions d'une cohabitation réussie des personnes françaises et des personnes immigré-e-s dans une société multiculturelle, de lutter pour établir l'égalité des droits entre personnes françaises et personnes immigrées ainsi que pour le respect des libertés individuelles en référence avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les recommandations des organisations internationales. »*

La FASTI a manifestement intérêt pour agir dans le cadre de cette présente requête au Conseil d'État car l'ordonnance n°2014-464 du 7 mai 2014 institue une rupture d'égalité entre les étrangers résidant en métropole et les étrangers résidant à Mayotte et restreint la liberté de circulation de ces derniers.

Par délibération du 18 mai 2014 la FASTI a habilité son président à ester en justice (Prod. 7).

III-3.7 Septièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de la **Ligue des droits de l'Homme**, l'article 1^{er} alinéa 1^{er} des statuts de l'association requérante énonce que la Ligue des droits de l'Homme est « *destinée à défendre les principes énoncés dans les Déclarations des droits de l'Homme de 1789 et de 1793, la Déclaration universelle de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels (...)* ».

L'article 3 alinéas 1 et 2 de ses statuts précise que :

« La Ligue des droits de l'Homme intervient chaque fois que lui est signalée une atteinte aux principes énoncés aux articles précédents, au détriment des individus, des collectivités et des peuples.

Ses moyens d'action sont : l'appel à la conscience publique, les interventions auprès des pouvoirs publics, auprès de toute juridiction (...) ».

Son intérêt à agir a fréquemment été reconnu devant le Conseil d'Etat depuis sa création, notamment s'agissant du statut des étrangers.

Par délibération du 12 juin 2014, le président de la LDH a été habilité à ester en justice (Prod. 8).

III-3.8 Huitièmement, s'agissant de l'intérêt à agir de **Médecins du Monde**, en vertu de l'article 1^{er} de ses statuts :

« Médecins du Monde est une association de solidarité internationale fondée en 1980 qui a pour vocation à partir de sa pratique médicale et en tout indépendance, de soigner les populations les plus vulnérables dans des situations de crises et d'exclusions partout dans le Monde et en France.

Médecins du Monde révèle les risques de crises et de menaces pour la santé et la dignité afin de contribuer à leur prévention. Médecins du Monde dénonce par ses actions de témoignage les atteintes aux droits de l'homme et plus particulièrement les entraves à l'accès aux soins. »

Médecins du Monde, qui œuvre en France depuis 1986, compte aujourd'hui 20 centres d'accueil, de soins et d'orientation en activité. Cette action auprès des populations vulnérables s'est également déclinée en actions mobiles de proximité. Ainsi, en 2014, la Mission France compte 70 programmes menés dans 32 villes, tant en métropole qu'en outre-mer (Mayotte, Guyane). A Mayotte, Médecins du Monde est présent par son centre pédiatrique de soins et d'orientation et ses consultations mobiles de proximité.

Les dispositions attaquées de l'ordonnance objet du présent litige ayant une incidence indéniable sur l'accès à la protection sociale dans la mesure où le droit au séjour détermine son accès, en particulier la protection maladie et plus largement sur les droits fondamentaux des populations vulnérables à Mayotte, et au regard de l'objet social de l'association, Médecins du Monde a manifestement intérêt à agir dans le cadre de cette présente requête.

Son intérêt à agir a d'ores et déjà été reconnu par les juridictions administratives dans le cadre de contentieux relatifs à l'amélioration des droits des migrants (CE, 7 juin 2006, n° 285.576).

Le président de l'association a décidé d'ester en justice, conformément à l'article 10 des statuts de l'association par délibération du 12 juin 2014 (Prod. 9).

L'intérêt à agir de Médecins du Monde est avéré.

III-3.9 Neuvièmement, s'agissant de l'intérêt à agir du **Syndicat de la magistrature**, selon l'article 3 de ses statuts, celui-ci s'est notamment donné pour objet :

« 1° de veiller à ce que l'autorité judiciaire puisse exercer sa mission en toute indépendance.

2° de veiller à la défense des libertés et des principes démocratiques. »

A ce titre, son intérêt à agir à l'égard de dispositions réglementaires, de circulaires ou de dispositifs portant atteinte aux droits et libertés fondamentales des étrangers ou concernant les conditions d'exercice de leurs prérogatives par les magistrats a été admis à plusieurs reprises tant par les juridictions administratives que judiciaires (CE 15 janvier 2010, n°334.879, *Gisti et autres c/ ministère de l'immigration et ministère de la justice* ; CE 30 janvier 2013, n°354.407, *Syndicat de la magistrature c/ ministère de la justice* ; CA Paris 15 novembre 2012, *Anafé et autres c/ Etat français*).

En l'espèce, le Syndicat de la magistrature a manifestement intérêt à demander l'annulation des dispositions de l'ordonnance susvisée dans la mesure où l'absence de recours suspensif de plein droit contre les décisions d'éloignement des étrangers en situation irrégulière porte gravement atteinte à leur droit fondamental à bénéficier d'un recours effectif, ce qui se rattache manifestement à l'objet du Syndicat, en son article 3, 2°.

Il a de même intérêt à demander l'annulation des dispositions qui étendent à Mayotte le « dispositif Schengen » en autorisant, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, la visite sommaire des véhicules en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des pièces ou

documents autorisant le séjour ou la circulation en France et de constater les infractions relatives à ce séjour :

- en ce qu'elles portent atteinte de manière disproportionnée à la liberté de circulation, sachant que ces visites sommaires pourront être réalisées de manière systématique et sans contrôle, en pratique, de l'autorité judiciaire, le texte ne prévoyant pas que l'intéressé soit informé de son droit de s'opposer à cette mesure, ce qui se rattache manifestement à l'objet du Syndicat, en son article 3, 2° ;
- en ce qu'elles ne s'appliquent pas sur l'ensemble du territoire, ni même sur l'ensemble des départements et collectivités d'outre-mer et méconnaissent ainsi le principe d'égalité devant la loi, principe démocratique essentiel, auquel le Syndicat de la magistrature s'est donné pour objet de veiller en l'article 3, 2° de ses statuts ;
- enfin, en ce que ces dispositions dérogatoires privent par ailleurs l'autorité judiciaire de tout pouvoir de contrôle en la matière, le texte ne prévoyant pas que l'intéressé soit informé de son droit de s'opposer à cette mesure, ce qui affecte nécessairement le fonctionnement de l'autorité judiciaire et se rattache donc à l'objet défini dans ses statuts, en leur article 3, 1°.

Par délibération de son conseil syndical du 23 mai 2014, sa présidente a été habilitée à ester en justice dans la présente affaire (Prod. 10).

Sur la légalité externe

IV. En premier lieu, l'ordonnance contestée est irrégulière en ce qu'elle méconnaît l'étendue de la loi d'habilitation.

IV-2 En effet, en application de l'article 39 alinéa 3 de la Constitution, un projet de loi d'habilitation doit être accompagné d'une étude d'impact (v. article 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 et Cons. const., 9 avr. 2009, déc. n° 2009-579 DC, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*).

La loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 a bien fait l'objet d'une étude d'impact en septembre 2012¹.

Toutefois, l'article 27 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 a donné compétence, en vertu de l'article 38 de la Constitution, au Gouvernement « *en vue de rapprocher la législation applicable au Département de Mayotte de la législation applicable en métropole ou dans les autres collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution, ou de les mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne dans le cadre de l'accession du Département de Mayotte au statut de région ultrapériphérique à compter du 1er janvier 2014, le Gouvernement est autorisé, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et dans un délai de dix-huit mois [...] à compter de la promulgation de la présente loi, à modifier par ordonnances : 1° L'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte, afin de définir des conditions mieux adaptées au défi migratoire* ».

Or, tout d'abord l'étude d'impact n'évalue absolument pas l'impact de la mise en conformité du droit mahorais au droit de l'Union européenne. En effet l'« impact » de cette mise en conformité est évalué en moins d'une page (page 22).

Ensuite, la loi d'habilitation prévoyait « *de définir des conditions mieux adaptées au défi migratoire* ».

Or, en l'absence d'instauration d'un régime de liberté de circulation concerté avec les Comores, aucune des mesures adoptées n'est réellement adaptée « *au défi migratoire* » que connaît Mayotte, qui se situe dans l'archipel des Comores et constitue une seule et même entité géographique, culturelle et humaine séparée par une frontière d'une Etat-Nation européen.

En juillet 2012, un rapport sénatorial, après avoir examiné bien plus sérieusement la situation migratoire que l'étude d'impact, avait conclu :

¹ <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj111-751-ei/pj111-751-ei.pdf>

*« Vos rapporteurs jugent toutefois qu'une coopération en matière d'immigration est urgente, en raison de la situation dramatique actuelle. Les actions récentes qui ont vu le jour sont encourageantes mais insuffisantes pour pallier les difficultés que connaît Mayotte. C'est pourquoi il apparaît impératif et urgent de définir une politique de coopération active en matière d'immigration avec les Comores. Le partage de la responsabilité de la maîtrise des flux migratoires avec les Comores est indispensable si l'on veut obtenir des résultats, à la condition évidemment d'apporter des contreparties en termes de développement économique et social. Vos rapporteurs estiment qu'il faut mettre un terme aux tragédies créées par les trafics de kwassas kwassas, à l'origine de filières organisées, et aux lourdes difficultés engendrées à Mayotte par une immigration non maîtrisée. **A cette fin, vos rapporteurs estiment qu'il faut œuvrer à la conclusion d'accords bilatéraux entre la France et les Comores, notamment dans le domaine de l'immigration. [...] Par ailleurs, vos rapporteurs estiment qu'il est indispensable de mettre fin au « visa Balladur » et de le remplacer par un nouveau visa, exclusivement valable à Mayotte, dont la procédure d'obtention serait simplifiée. On rappellera que le « visa Balladur » a été instauré le 18 janvier 1995 afin de restreindre l'immigration illégale des ressortissants comoriens à Mayotte, qui s'était renforcée au début des années 1990 en raison du développement économique de l'île. Ce visa s'applique à tout ressortissant comorien souhaitant se rendre à Mayotte. Les conditions d'obtention sont celles prévues classiquement pour l'entrée sur le territoire français, mais difficiles à réunir pour beaucoup de Comoriens »***

« Proposition n° 23 : Mettre fin aux tragédies créées par les trafics de kwassas kwassas entre Anjouan et Mayotte et aux lourdes difficultés engendrées à Mayotte par une immigration non maîtrisée.

A cette fin, œuvrer activement pour la conclusion d'accords bilatéraux entre la France et les Comores dans le domaine de l'immigration.

Proposition n° 24 : Mettre fin au « visa Balladur » qui n'a aucunement mis fin à l'immigration illégale et lui substituer un dispositif d'attribution de visa plus réaliste et rigoureux afin de mieux maîtriser l'immigration ».

(« Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis », Rapport d'information de MM. Jean-Pierre SUEUR, Christian COINTAT et Félix DESPLAN, fait au nom de la commission des lois n° 675 (2011-2012) - 18 juillet 2012).

Enfin, l'étude d'impact prévoyait, s'agissant de la « *législation en matière d'entrée et de séjour des étrangers* » que :

*« La reprise de l'acquis communautaire dans ce domaine nécessite, ainsi, **de mettre en conformité** les dispositions de l'ordonnance du 26 avril 2000 avec celles de deux directives européennes :*

- directive 2003/9/CE relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres ;

- directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ».

Or, d'une part l'ordonnance contestée ne met pas réellement le CESEDA en conformité avec la directive 2008/115/CE (il suffit de consulter le projet de loi relatif aux étrangers en France pour en prendre la mesure) et d'autre part elle ne contient aucune mesure venant mettre en conformité ce droit avec la directive 2003/9/CE, et ne prévoit notamment pas de droit aux conditions matérielles d'accueil.

La Cour de justice a pourtant récemment rappelé que :

« L'article 13, paragraphe 5, de la directive 2003/9/CE du Conseil, du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'un État membre a choisi d'octroyer les conditions matérielles d'accueil sous la forme d'allocations financières ou de bons, ces allocations doivent être fournies à partir du moment de l'introduction de la demande d'asile, conformément aux dispositions de l'article 13, paragraphe 1, de cette directive, et répondre aux normes minimales consacrées par les dispositions de l'article 13, paragraphe 2, de ladite directive. Cet État membre doit veiller à ce que le montant total des allocations financières couvrant les conditions matérielles d'accueil soit suffisant pour garantir un niveau

de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile, en leur permettant notamment de disposer d'un hébergement, en tenant compte, le cas échéant, de la préservation de l'intérêt des personnes ayant des besoins particuliers, en vertu des dispositions de l'article 17 de la même directive. Les conditions matérielles d'accueil prévues à l'article 14, paragraphes 1, 3, 5 et 8, de la directive 2003/9 ne s'imposent pas aux États membres lorsqu'ils ont choisi d'octroyer ces conditions sous la forme d'allocations financières uniquement. Néanmoins, le montant de ces allocations doit être suffisant pour permettre aux enfants mineurs d'être logés avec leurs parents, de sorte que l'unité familiale des demandeurs d'asile puisse être maintenue. » (CJUE, 4ème ch., 27 février 2014, FEDASIL c/ Saciri, aff. C-79/13).

A Mayotte, les demandeurs d'asile n'ont absolument pas accès à « *des allocations financières couvrant les conditions matérielles d'accueil [...] suffisant[es] pour garantir un niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile, en leur permettant notamment de disposer d'un hébergement, en tenant compte, le cas échéant, de la préservation de l'intérêt des personnes ayant des besoins particuliers, en vertu des dispositions de l'article 17 de la même directive* ».

Aucune mesure légale ou réglementaire n'a été prise pour mettre fin à cette situation.

En effet, malgré l'ordonnance n° 2014-463 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte des dispositions du code de l'action sociale et des familles relatives à l'adoption, à l'allocation personnalisée d'autonomie et à la prestation de compensation du handicap, le chapitre de ce code relatif aux centres d'accueil des demandeurs d'asile (Livre III, titre IV, chapitre VIII) n'est toujours pas applicable à Mayotte (article L. 543-4 du code de l'action et des familles modifié par l'ordonnance n° 2014-463).

Quant à l'allocation temporaire d'accueil (code du travail, art. L. 5423-8), elle ne figure pas dans le code du travail applicable à Mayotte. Et l'ordonnance n° 2014-577 du 4 juin 2014 modifiant les livres Ier, III et VII du code du travail applicable à Mayotte ne comporte pas de nouvelles dispositions à ce sujet.

En n'adoptant pas de dispositions conformes à la directive 2003/9/CE, l'ordonnance contestée a donc méconnu la portée de la loi d'habilitation.

Si une ordonnance ne peut aller au-delà du domaine déterminé par la loi d'habilitation (CE, sect., 3 nov. 1961, *Damiani*, Lebon, p. 607 ; CE, 24 nov. 1961, *Féd. nat. des syndicats de Police*, préc. ; CE, 17 déc. 1969, *Conseil nat. Ordre des pharmaciens*, Lebon, p. 584 ; CE, 30 juin 2003, *Karmardine*, Lebon, p. 294), elle ne peut davantage s'avérer insuffisante lorsqu'il s'agit d'assurer, dans les délais impartis, la transposition d'une directive – à défaut de quoi l'inertie du Gouvernement placerait la France en infraction avec le droit de l'Union européenne contre la volonté exprimée par le législateur aux termes de la loi d'habilitation.

De sorte que l'ordonnance contestée a été adoptée à la suite d'une procédure irrégulière pour ne pas avoir respecté les prescriptions de la loi d'habilitation.

De ce chef déjà, la censure est acquise.

Sur la légalité interne

V. En deuxième lieu, les articles 5 et 14 II. de l'ordonnance attaquée sont entachés de multiples erreurs de droit.

L'article 5 dispose en effet que :

« Au deuxième alinéa de l'article L. 213-2 du même code, après les mots : « le conseil de son choix, et » sont insérés les mots : « sauf à Mayotte » ».

L'article L.213-2 du CESEDA prévoit quant à lui que :

« Tout refus d'entrée en France fait l'objet d'une décision écrite motivée prise, sauf en cas de demande d'asile, par un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire.

*Cette décision est notifiée à l'intéressé avec mention de son droit d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix, **et, sauf à Mayotte, de refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc.***

En cas de demande d'asile, la décision mentionne également son droit d'introduire un recours en annulation sur le fondement de l'article L. 213-9 et précise les voies et délais de ce recours. La décision et la notification des droits qui l'accompagne doivent lui être communiquées dans une langue qu'il comprend. L'étranger est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc.

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application de l'article L. 111-7.

La décision prononçant le refus d'entrée peut être exécutée d'office par l'administration ».

Le rapport au Président de la République explique cette absence de jour franc :

« L'article 5 vise à écarter l'application de la règle du "jour franc" permettant à un étranger non autorisé à entrer en France de refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc. Cette différence avec le droit commun se justifie par des arrivées fréquentes d'embarcations de fortune transportant plusieurs dizaines de passagers qui sont généralement réadmis dans les vingt-quatre heures par les autorités comoriennes. La rapidité de cette réaction est une condition de l'efficacité de la dissuasion ».

Cela constitue une régression par rapport à l'état de droit antérieur puisqu'il était prévu par l'article 4 *in fine* de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte que :

« En aucun cas, le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc ».

Par ailleurs, l'article 14 II. de l'ordonnance contestée prévoit que :

« II. — L'article L. 514-1 du même code est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, après les mots : « en Guyane » sont insérés les mots : « , à Mayotte » ;

2° Au quatrième alinéa, les mots : « en Guyane ni à Saint-Martin » sont remplacés par les mots : « dans ces collectivités » ».

L'article L. 514-1 dispose ainsi que :

« Pour la mise en œuvre du présent titre, sont applicables en Guyane, à **Mayotte** et à Saint-Martin, les dispositions suivantes :

1° Si l'autorité consulaire le demande, l'obligation de quitter sans délai le territoire français ne peut être mise à exécution avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de l'arrêté ;

2° Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, l'étranger qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui défère cet acte au tribunal administratif peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution.

En conséquence, les dispositions des articles L. 512-1, L. 512-3 et L. 512-4 ne sont pas applicables dans ces collectivités ».

Le rapport au Président explique cette absence de recours suspensif par le fait que :

« L'article 14 organise le maintien à Mayotte du caractère non suspensif de plein droit du recours contre les décisions d'éloignement d'étrangers en situation irrégulière, à l'instar du régime existant aussi en Guyane et à Saint-Martin de façon pérenne ou en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy de façon temporaire. 13 000 reconduites à la frontière (soit l'équivalent de la moitié du volume des éloignements effectués en métropole) sont réalisées annuellement depuis Mayotte. Le caractère exceptionnel de l'immigration irrégulière à Mayotte justifie de ne pas renoncer à ce régime spécifique **auquel les obligations européennes ne s'opposent pas**. Une solution contraire aboutirait à une complexification de l'action

administrative ainsi qu'à un engorgement de la juridiction administrative dont pâtirait aussi, in fine, le justiciable ».

V-1 Les associations et syndicat requérants entendent démontrer que l'affirmation selon laquelle les « obligations européennes » de la France ne « s'opposent pas » à l'absence de recours suspensif est absolument inexacte.

Bien au contraire, non seulement le respect de la Convention européenne des droits de l'homme – en particulier de son article 13, combiné, selon les cas, avec les articles 2 et 3 de la Convention et 4 du protocole n° 4 – impose l'existence d'un recours suspensif devant une autorité nationale avant l'éloignement.

Mais en outre, pour respecter tant les prescriptions du même article 13 – combiné avec les mêmes stipulations ainsi qu'avec l'article 8 de la Convention – que le droit de l'Union européenne – en particulier la directive 2008/115/CE –, les Etats membres doivent prévoir dans leur législation nationale un dispositif empêchant l'exécution précipitée de la mesure d'éloignement, avant qu'un contrôle juridictionnel effectif ait pu avoir lieu.

Cela résulte sans aucune ambiguïté de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de la lettre même de la directive 2008/115/CE, applicable à Mayotte depuis le 1^{er} janvier 2014.

Or, faute de recours suspensif de plein droit et de jour franc, les dispositions de l'ordonnance attaquée heurtent ces exigences.

S'agissant plus spécifiquement des demandeurs d'asile à la frontière mahoraise, l'attribution du jour franc n'est pas automatique, mais le demandeur d'asile doit, comme en métropole, en solliciter le bénéfice en application de l'alinéa 3 de l'article L.213-2 du CESEDA.

Un tel dispositif est contraire aux articles 7 et 35 de la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005.

Ainsi, il sera donc démontré que la disposition contestée méconnaît d'une part, la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, d'autre part, les articles 35 et 7 de la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres et atteinte au droit d'asile, et, de troisième part, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné, selon le cas, avec ses articles 2, 3, 8 et 4 du protocole n°4.

En ce qui concerne la méconnaissance de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

V-2 En effet, et premièrement, en métropole, il est certes possible de ne pas accorder un jour franc aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'un refus d'entrée en application de l'article L. 213-2 du CESEDA.

Mais c'est uniquement en raison de la circonstance que le franchissement d'une frontière extérieure de l'espace Schengen est régie par la Convention d'application de l'Accord de Schengen et par le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) et non pas la directive « retour » 2008/115/CE.

Or, une telle éventualité n'est pas envisageable pour Mayotte.

En effet, le considérant n°21 de ce règlement n° 562/2006 exclut les régions ultrapériphériques ainsi que les pays et territoires d'outre-mer de son champ d'application territoriale :

« Par dérogation à l'article 299 du traité, les territoires français et néerlandais auxquels s'applique le présent règlement s'entendent des seuls territoires européens de la France et des Pays-Bas. »

En outre, l'article 2 de la directive 2008/115/CE définit le « champ d'application » de celle-ci.

Elle prévoit que :

« Les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la présente directive aux ressortissants de pays tiers :

a) faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du code frontières Schengen, ou arrêtés ou interceptés par les autorités compétentes à l'occasion du franchissement irrégulier par voie terrestre, maritime ou aérienne de la frontière extérieure d'un État membre et qui n'ont pas obtenu par la suite l'autorisation ou le droit de séjourner dans ledit État membre »

Les considérants 26, 27 et 28 de la directive 2008/115 confirment qu'elle « s'applique aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée conformément au code frontières Schengen ».

En vertu de l'article 2.2 du Code frontières Schengen, les « frontières extérieures » sont définies comme :

« Les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres, pour autant qu'ils ne soient pas des frontières intérieures ».

L'article 1^{er}, alinéa 4 du règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant la création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne précise que :

« Aux fins du présent règlement, on entend par frontières extérieures des États membres les frontières terrestres et maritimes de ces derniers ainsi que leurs aéroports et ports maritimes, auxquels s'appliquent les dispositions du droit communautaire relatives au franchissement des frontières extérieures par les personnes. ».

Or, les dispositions du droit de l'Union européenne relatives au franchissement des frontières extérieures de l'UE ne s'appliquent pas aux régions ultrapériphériques.

Les côtes de Mayotte, et ses ports et aéroports, ne sont donc pas des « *frontières extérieures* » de l'Union européenne.

Et à supposer, par extraordinaire, que Mayotte puisse être considérée comme une – bien lointaine – « *frontière extérieure* » au sens de l'article 2.a de la directive 2008/115/CE, les autorités françaises n'ont pas expressément décidé d'exclure, aux termes de l'ordonnance contestée, l'application de cette directive au cas de refus d'entrée.

En l'absence de disposition expresse, le Gouvernement ne saurait se prévaloir de l'article 2.a en raison de la prohibition de l'effet vertical descendant des directives.

Par suite, les autorités françaises ne peuvent se prévaloir de l'article 2.a de la directive 2008/115/CE pour exclure l'application de cette dernière.

La directive « *retour* » s'applique donc aux refus d'entrée en cas d'interception de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière aux frontières terrestres ou maritimes de Mayotte.

Or, d'une part l'article 7 de la directive « *retour* » accorde, en principe, à ces étrangers un délai de départ volontaire avant l'exécution d'office d'une décision de retour :

« 1. La décision de retour prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire, sans préjudice des exceptions visées aux paragraphes 2 et 4. Les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande du ressortissant concerné d'un pays tiers. Dans ce cas, les États membres informent les ressortissants concernés de pays tiers de la possibilité de présenter une telle demande ».

Et d'autre part, son article 13 impose l'existence d'une voie de recours effective :

« Voies de recours

1. Le ressortissant concerné d'un pays tiers dispose d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou une instance compétente composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance.

2. L'autorité ou l'instance visée au paragraphe 1 est compétente pour réexaminer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, et peut notamment en suspendre temporairement l'exécution, à moins qu'une suspension temporaire ne soit déjà applicable en vertu de la législation nationale ».

L'existence d'un recours effectif commande que la décision de retour ne puisse être exécutée avant que le ressortissant de pays tiers ait matériellement eu le temps de saisir l'autorité judiciaire ou administrative indépendante.

Or, l'existence du jour franc vise précisément à éviter l'exécution d'une décision de retour dans les vingt-quatre heures de l'interception d'un étranger, soit donc avant qu'il n'ait eu le temps de saisir le juge administratif conformément à son droit à un recours effectif.

De façon éloquente, le rapport au Président de la République révèle amplement que le choix du Gouvernement de ne pas prévoir un jour franc à Mayotte a précisément pour ambition de permettre la persistance d'une pratique récurrente à Mayotte : le refoulement expéditif, dans les vingt-quatre heures, des étrangers interceptés en mer ou sur la côte.

En ce qui concerne la méconnaissance des articles 35 et 7 de la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres et atteinte au droit d'asile

V-3 Deuxièmement, dans son ordonnance du 25 mars 2003 *Ministre de l'Intérieur c/ Sulaimanov* (Req. n° 255.237) le Conseil d'Etat a rappelé que :

« Le droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié; que ce droit implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande; que c'est seulement dans le cas où celle-ci est manifestement infondée que le ministre de l'Intérieur peut, après avis du ministre des Affaires étrangères [dorénavant l'OFPRA], lui refuser l'accès sur le territoire ».

En application de l'article L. 221-1 du CESEDA, les étrangers sont maintenus en zone d'attente le temps strictement nécessaire à l'organisation de leur départ ou à l'examen de leur demande de protection internationale s'ils sollicitent l'asile à la frontière, et pour une durée maximum de vingt jours en principe sauf exception.

En effet, l'article L. 222-2 du CESEDA prévoit que lorsque l'étranger non admis à pénétrer sur le territoire français dépose une demande d'asile dans les six derniers jours de la période de maintien en zone d'attente, celle-ci est prorogée d'office de six jours à compter du jour de la demande et lorsqu'il dépose un recours en annulation (art. L. 213-9 du CESEDA) dans les quatre derniers jours de la période de maintien, celle-ci est prorogée d'office de quatre jours à compter du dépôt du recours.

Il en résulte qu'une personne qui s'est vue refuser l'entrée sur le territoire peut déposer une demande d'asile à tout moment et par conséquent, pendant le délai du droit au jour franc.

Ce droit constitue l'une des garanties essentielles puisqu'il lui donne notamment le temps, avant d'être réacheminé, de prendre contact avec toute personne de son choix, mais aussi de pouvoir déposer une demande d'asile après que le refus d'entrée ait été décidé.

Or, l'impossibilité de bénéficier du droit au jour franc empêche les étrangers de déposer une demande d'asile une fois le refus d'entrée décidé, ces derniers pouvant dès lors être renvoyés avant d'avoir pu solliciter une protection.

A la lecture de l'article L. 213-2 du CESEDA, l'attribution du jour franc ne serait pas automatique pour une demande d'asile à la frontière. Le demandeur de protection internationale doit, comme en métropole, en solliciter le bénéfice.

Or, les dispositions de cet article, telles que rédigées, sont contraires à la directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005.

D'une part, celle-ci est bien applicable. En effet, l'article 3 de la directive 2005/85/CE prévoit sans ambiguïté que :

« 1. La présente directive s'applique à toutes les demandes d'asile introduites sur le territoire des États membres, y compris à la frontière ou dans une zone de transit [...] »

D'autre part, celle-ci n'est pas respectée.

En effet, l'article 35 dispose que :

« Procédures à la frontière

1. Les États membres peuvent prévoir des procédures conformément aux principes de base et aux garanties fondamentales visés au chapitre II afin de se prononcer, à leur frontière ou dans leurs zones de transit, sur une demande d'asile déposée en un tel lieu.

2. Toutefois, lorsque les procédures prévues au paragraphe 1 n'existent pas, les États membres peuvent, sous réserve des dispositions du présent article et conformément aux lois et règlements en vigueur au 1^{er} décembre 2005, maintenir des procédures dérogeant aux principes de base et aux garanties fondamentales visés au chapitre II afin de se prononcer, à la frontière ou dans les zones de transit, sur l'octroi d'une autorisation d'entrée sur le territoire aux demandeurs d'asile qui sont arrivés et ont introduit une demande d'asile en un tel lieu.

3. Les procédures visées au paragraphe 2 prévoient notamment que les personnes concernées :

a) sont autorisées à rester à la frontière ou dans les zones de transit de l'État membre, sans préjudice de l'article 7 ».

L'article 7 instaure un « *droit de rester dans l'État membre en attendant l'examen de la demande* ».

« **1. Les demandeurs sont autorisés à rester dans l'État membre**, aux seules fins de la procédure, jusqu'à ce que l'autorité responsable de la détermination ne s'est pas prononcée conformément aux procédures en premier ressort prévues au chapitre III. Ce droit de rester dans l'État membre ne constitue pas un droit à un titre de séjour ».

En vertu de ces dispositions, applicables à Mayotte, l'octroi d'un délai franc devrait être automatique jusqu'à la fin de la procédure de détermination (« *Les demandeurs sont autorisés à rester dans l'État membre* ») en cas de demande d'asile à la frontière.

Les demandeurs d'asile à la frontière ne devraient donc pas avoir à demander formellement à en bénéficier. Ils bénéficient de plein droit d'un droit au maintien sur le territoire par la seule existence de leur demande d'asile, même si elle est introduite à la frontière.

L'article 5 de l'ordonnance critiquée est donc contraire à la directive 2005/85/CE en ce qu'il n'a pas expressément écarté, dans l'application à Mayotte de l'article L. 213-2 du CESEDA, la dernière phase de l'alinéa 3 afin d'assurer la conformité du droit mahorais au droit de l'Union européenne comme le prescrivait la loi d'habilitation (« *L'étranger est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc.* »).

En ce qui concerne la violation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné, selon le cas, avec ses articles 2, 3, 8 et 4 du protocole n°4

V-4 Troisièmement, l'exclusion du recours suspensif de plein droit contre les mesures d'éloignement par l'article 14 II. de l'ordonnance critiquée constitue incontestablement la violation la plus flagrante des exigences européennes.

V-4.1 Une telle violation est tellement manifeste que, sur suggestion du Conseil d'Etat, l'article 17 du projet de loi NOR : INTX1412529L/Rose-1 relatif au droit des étrangers en France, actuellement soumis à l'examen du Conseil d'Etat pour avis, prévoit **la création dans les collectivités d'outre-mer concernées d'un référé-liberté suspensif de plein droit** – ce qui, du reste, ne sera pas suffisant pour assurer la conformité du droit français avec les exigences du droit européen des droits de l'homme.

De manière tout à fait éloquente et révélatrice, le gouvernement reconnaît lui-même dans l'exposé des motifs de l'avant-projet que « *le dispositif dérogatoire [...] peut en effet apparaître comme n'assurant pas une pleine conformité avec les exigences rappelées par la cour européenne des droits de l'Homme en termes d'effectivité des recours (arrêt De Souza Ribeiro du 13 décembre 2012)* »

L'avant-projet prévoit plus précisément :

« Article 17

Après le 2° de l'article L. 514-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, il est ajouté un 3° ainsi rédigé :

« 3° L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office, si l'étranger a saisi le tribunal administratif d'une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, avant que le juge des référés n'ait informé les parties de la tenue ou non d'une audience publique en application du deuxième alinéa de l'article L. 522-1 du même code, ni avant, si les parties ont été informées d'une telle audience, que le juge n'ait statué sur la demande. »

En ajoutant Mayotte à la liste des collectivités d'outre-mer mentionnées à l'article L. 514-1 du CESEDA, l'article 14 II. de l'ordonnance contestée exclut pourtant l'application à Mayotte des « *dispositions des articles L. 512-1, L. 512-3 et L. 512-4* ».

Cet article 14 II. prive donc les étrangers éloignés du territoire mahorais des garanties prévues par le CESEDA.

Rappelons en effet que l'article L. 512-1 du CESEDA prévoit que :

« I. — L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui dispose du délai de départ volontaire mentionné au premier alinéa du II de l'article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander au tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant. L'étranger qui fait l'objet de l'interdiction de retour prévue au troisième alinéa du III du même article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander l'annulation de cette décision.

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle au plus tard lors de l'introduction de sa requête en annulation. Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévu au III du présent article.

II. — L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire sans délai peut, dans les quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision refusant un délai de départ volontaire, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant.

Il est statué sur ce recours selon la procédure et dans les délais prévus au I.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévu au III du présent article.

III. — En cas de décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence en application de l'article L. 561-2, l'étranger peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification. Lorsque l'étranger a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, le même recours en annulation peut être également dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français et contre la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant, lorsque ces décisions sont notifiées avec la décision de placement en rétention ou d'assignation. Toutefois, si l'étranger est assigné à résidence en application du même article L. 561-2, son recours en annulation peut porter directement sur l'obligation de quitter le territoire ainsi que, le cas échéant, sur la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français.

Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du code de justice administrative statue au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine. Il peut se transporter au siège de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu où se trouve l'étranger si celui-ci est retenu en application de l'article L. 551-1 du présent code. Si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il peut statuer dans cette salle.

L'étranger peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision contestée a été prise.

L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du rapporteur public, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office.

Il est également statué selon la procédure prévue au présent III sur le recours dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français par un étranger qui est l'objet en cours d'instance d'une décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence en application de l'article L. 561-2. Le délai de soixante-douze heures pour statuer court à compter de la notification par l'administration au tribunal de la décision de placement en rétention ou d'assignation ».

L'article L. 512-3 prévoit quant à lui :

« Les articles L. 551-1 et L. 561-2 sont applicables à l'étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français dès l'expiration du délai de départ volontaire qui lui a été accordé ou, si aucun délai n'a été accordé, dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français.

L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office ni avant l'expiration du délai de départ volontaire ou, si aucun délai n'a été accordé, avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, ni avant que le tribunal administratif n'ait statué s'il a été saisi. *L'étranger en est informé par la notification écrite de l'obligation de quitter le territoire français. »*

Et l'article L. 512-4 que :

« Si l'obligation de quitter le territoire français est annulée, il est immédiatement mis fin aux mesures de surveillance prévues aux articles L. 513-4, L. 551-1, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 et l'étranger est muni d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce que l'autorité administrative ait à nouveau statué sur son cas.

Si la décision de ne pas accorder de délai de départ volontaire, la décision de placement en rétention ou la décision d'assignation à résidence est annulée, il est immédiatement mis fin aux mesures de surveillance prévues aux articles L. 551-1, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 et le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné à cette fin rappelle à l'étranger son obligation de quitter le territoire français dans le délai qui lui sera fixé par l'autorité administrative en application du II de l'article L. 511-1 ou du sixième alinéa de l'article L. 511-3-1. Ce délai court à compter de sa notification ».

Par ailleurs, l'article L. 513-1 précise :

*« I. — L'obligation de quitter sans délai le territoire français, **qui n'a pas été contestée devant le président du tribunal administratif** dans le délai prévu au II de l'article L. 512-1 ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation, peut être exécutée d'office.*

*L'obligation de quitter le territoire français avec un délai de départ volontaire, **qui n'a pas été contestée devant le tribunal administratif dans le délai prévu au I du même article L. 512-1 ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation**, peut être exécutée d'office à l'expiration du délai de départ volontaire [...]*».

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil d'Etat a jugé que *« l'introduction d'un recours sur le fondement du III de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile a **par elle-même** pour effet de suspendre l'exécution de la mesure d'éloignement en vue de laquelle le placement de l'étranger en rétention administrative ou son assignation à résidence a été décidé »* (CE, Sect. 30 décembre 2013, n° 367.533).

V-4.2 On remarquera d'une part que ces dispositions ont été introduites dans le CESEDA par la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 dans la perspective d'assurer le respect de la directive « retour » 2008/115/CE, en particulier de son article 13.

D'autre part, et surtout, en écartant l'application à Mayotte de ces dispositions, en particulier de l'article L. 512-3 alinéa 2 du CESEDA, **le Gouvernement a pris le parti d'ignorer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 13 de la Convention européenne** – qu'il redécouvre subitement, quelques semaines après, sur suggestion du Conseil d'Etat, lorsqu'il élabore le projet de loi sur les étrangers en France.

Pourtant, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne :

*« L'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils y sont consacrés. **Cette disposition a donc pour***

conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un "grief défendable" fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié » (Cour EDH, G.C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09, § 288).

Dans le contexte du droit des étrangers, ces griefs défendables peuvent se rattacher aux droits garantis par **l'article 2** (droit à la vie - Cour EDH, 4e Sect. 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, Req. n° 17299/12), **l'article 3** (prohibition des tortures et traitements inhumains et dégradants – Cour EDH, Anc. 5^e Sect. 2 février 2012, *I.M. c. France*, Req. n° 9152/09 ; Cour EDH, G.C. 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, Req. n° 30696/09; Cour EDH, 5e Sect. 18 novembre 2010, *Boutagni c. France*, Req. n° 42360/08 ; Cour EDH, 2e Sect. 26 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. France*, Req. n° 25389/05), **l'article 8** (droit au respect de la vie privée et familiale - Cour EDH, G.C. 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, Req. n° 22689/07) **ou encore l'article 4 du protocole n°4** (prohibition des expulsions collectives - Cour EDH, 3^e Sect. 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, Req. n° 51564/99 ; Cour EDH, G.C. 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, Req. N° 27765/09).

Certes, la Cour précise que :

« La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les Etats contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant » (*De Souza Ribeiro c. France*, précité, § 78).

Mais, lorsque l'éloignement de l'étranger est susceptible d'emporter une atteinte à l'article 2, à l'article 3 de la Convention ou à l'article 4 du protocole n° 4, *« l'effectivité implique des exigences de qualité, de rapidité et de suspensivité »* (*I.M. c. France*, précité, § 130) afin d'*« empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles »*, ceci *« avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention »* (Cour EDH, 3^e Sect. 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, Req. N° 51564/99, § 79).

Plus précisément encore, dans ces situations, *« l'effectivité requiert [...] que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif »* (*De Souza Ribeiro c. France*, précité, § 82).

A titre d'illustration, dans son arrêt *Gebremedhin*, la Cour a ainsi condamné la France du fait de l'absence de recours suspensif de plein droit pour les demandeurs d'asile faisant l'objet d'un refus d'admission sur le territoire au titre de l'asile.

A cette occasion, la juridiction européenne a expressément écarté l'argumentation du Gouvernement français qui défendait alors que la procédure de référé-liberté était suffisante pour assurer l'effectivité du recours au sens de l'article 13 :

« La Cour constate cependant que la saisine du juge des référés n'a pas d'effet suspensif de plein droit, de sorte que l'intéressé peut, en toute légalité, être réacheminé avant que le juge ait statué, ce que critique le Comité des Nations unies contre la torture notamment » (Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France, précité, § 65-66)

Plus récemment et solennellement encore, la Grande Chambre de la Cour européenne a confirmé que la seule existence d'un référé-liberté ne saurait suffire à satisfaire aux exigences d'effectivité des recours requises par l'article 13 de la Convention.

Ainsi, même sur le terrain de l'article 8 de la Convention où pourtant *« l'effectivité ne requiert pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif »*, la Cour a jugé que :

« 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 » (De Souza Ribeiro, préc., § 83).

Or, dans l'affaire *De Souza Ribeiro*, les juges européens de la Grande Chambre ont unanimement estimé que tel ne fut pas le cas en l'espèce, aux motifs que :

« 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.

Par conséquent, dans les circonstances de la présente espèce, la Cour estime que la hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet en pratique de rendre les recours existants inopérants et donc indisponibles. Si la Cour reconnaît l'importance de la rapidité des recours, celle-ci ne saurait aller jusqu'à constituer un obstacle ou une entrave injustifiée à leur exercice, ni être privilégiée aux dépens de leur effectivité en pratique » (Ibid., § 95).

En d'autres termes, le dispositif de recours réduit à la seule existence d'un référé-liberté est irrémédiablement affligé de deux failles, sources d'un manquement flagrant aux exigences du droit conventionnel à un recours effectif.

Non seulement aucune garantie n'existe pour empêcher les autorités de procéder à l'éloignement expéditif et précipité des étrangers, et ce avant même que ces derniers aient eu la possibilité matérielle de saisir le juge des référés.

Mais au surplus, à supposer même que lesdits étrangers aient eu l'occasion de saisir ce juge, il est à noter que le recours en référé-liberté n'est pas assorti de caractère suspensif. Dès lors, l'administration est toujours en mesure de procéder à l'éloignement des étrangers en dépit de l'introduction d'un référé.

Le fait que le Conseil d'Etat ait consacré une présomption d'urgence lorsque « *la mesure d'éloignement [est susceptible d'être] mise en œuvre à tout moment* » (CE, 9 novembre 2011, *Takaram A.*, Req. n° 346.700) ne comble donc en rien ces failles du dispositif de recours, puisque l'administration peut faire totalement fi de la saisine du juge des référés.

V-4.3 A Mayotte, de telles failles et violations des exigences européennes trouvent d'ailleurs à s'illustrer en permanence.

En effet, comme le relève le rapport au Premier ministre, la majeure partie des OQTF vers les Comores est exécutée dans les 24 heures (sauf si les conditions météo ne le permettent pas).

Les étrangers sont donc aussi éloignés « *à la hâte* » sans avoir le temps de saisir le juge administratif (pour un exemple récent faisant actuellement l'objet d'une requête pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, voir ainsi : CE, Ord. Ref. 10 décembre 2013, Req. n° 373.686).

Une telle situation justifie donc la nécessité du jour franc de plein droit comme cela a été démontré précédemment.

Il est également fréquent qu'à Mayotte des étrangers fassent l'objet d'un éloignement alors même qu'ils ont initié un recours en référé-liberté (pour un autre exemple récent faisant également l'objet d'une requête pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, voir : CE, Ord. ref. 19 février 2014, n° 375.256).

Cette pratique exige quant à elle la mise en place d'un recours suspensif de plein droit.

D'ailleurs, selon les statistiques diffusées par la préfecture pendant les onze premiers mois de 2011, 95 % des arrêtés de reconduite pris par la préfecture ont été exécutés (10 830 sur 11 433) alors qu'en métropole ce chiffre se situe autour de 25 %.

Pendant la même période, la préfecture relève – pour l'ensemble de ses décisions concernant les étrangers – 265 interventions amiables et 121 recours contentieux.

En ce qui concerne les recours relatifs à une reconduite à la frontière sans délai, il ne faut prendre en compte que les référés : **pour plus de 10 000 reconduites exécutées sans compter les enfants 47 référés sont recensés dont 10 aboutissant à une suspension, 12 rejets et 21 audiences du juge postérieures à l'exécution de la reconduite (2 désistements, 11 « non lieu à statuer », 8 non jugés).**

Plus significatif encore, les statistiques contentieuses révèlent amplement que l'absence de caractère suspensif des recours à Mayotte liée à des pratiques d'éloignement expéditifs – souvent le jour même de l'arrivée des migrants sur le sol mahorais – réduisent presque à néant toute possibilité d'accès effectif des étrangers aux recours devant les juridictions administratives des référés.

Ainsi, la comparaison entre le nombre d'arrêtés de reconduite à la frontière édictés par les autorités (11 433 pour l'année 2013, hors mois de décembre) et le nombre de référés initiés (seulement 47 pour l'année 2013, hors mois de décembre) suffit à attester de ce que **l'immense majorité des étrangers visés par une mesure d'éloignement ne peuvent tout simplement pas exercer de recours** (*Données chiffrées communiquées par la Direction de l'immigration, de l'intégration et de la citoyenneté de la Préfecture de Mayotte, Service de l'Immigration et de l'Intégration - 30 novembre 2013* : parmi les 47 référés initiés, **10 ont abouti à une suspension, 12 à un rejet et 21 ont donné lieu à une audience du juge postérieures à l'exécution de la reconduite** – 2 désistements, 11 « non lieu à statuer », 8 non jugés).

V-4.4 A cet égard, il est d'ailleurs tout à fait remarquable que, dans la chronique de jurisprudence publiée à l'AJDA sous la décision d'Assemblée *Lambert*, les responsables du centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'Etat aient eux-mêmes pointé les failles du référé-liberté non assorti d'un caractère suspensif.

Ainsi, ils ont opportunément relevé que :

« [Le] pouvoir de suspension conservatoire est inhérent, au nom de l'intérêt supérieur qui s'attache à l'efficacité de son intervention, à l'office du juge du référé-liberté, voire même du juge du référé-suspension. Il serait d'ailleurs de nature à résorber ce qu'il peut y avoir d'écart entre le caractère systématiquement non suspensif des procédures de référé et les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci exige, en effet, qu'un « recours de plein droit suspensif » existe en cas de risque réel de subir une atteinte irréversible au droit à la vie protégé par l'article 2 de la convention (v. CEDH 13 déc. 2012, n° 22689/07, De Souza Ribeiro c/ France, §

82[...]), un traitement contraire à son article 3 (CEDH 26 avr. 2007, n° 25389/05, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c/ France*, § 66 [...] ; CEDH 2 févr. 2012, n° 9152/09, *I. M. c/France* [...]) ou encore une expulsion collective contraire à l'article 4 du protocole n° 4 (CEDH 5 févr. 2002, n° 51564/99, *Conka c/ Belgique*, § 81-83 [...], et *Hirsi Jamaa et autres*, préc., § 206). **Plus encore, s'agissant d'éloignements d'étrangers contestés sur la base d'une atteinte alléguée à la vie privée et familiale, pour lesquels elle n'exige pas que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif (De Souza Ribeiro, préc., § 83), la Cour a été amenée à condamner la France dans un cas où l'absence de caractère suspensif de l'exercice du référé-suspension (seul disponible dans les collectivités d'outre-mer où il n'existe pas de recours spécifique à la reconduite) avait permis la reconduite du requérant avant même que le juge du référé ne statue. Un recours en référé potentiellement suspensif dans les faits à défaut de l'être par détermination de la loi serait un moyen expédient, compte tenu de l'approche concrète qui est celle de la Cour, de satisfaire ces exigences** » (Aurélie Bretonneau, Jean Lessi, « La question de l'arrêt de traitement devant le Conseil d'Etat », in *AJDA*, 2014 p. 790).

Les requérants ne peuvent que prendre acte de cette analyse, même s'ils tiennent à préciser que la dernière phrase citée est inexacte.

En effet, la Cour européenne refuse de s'en remettre à la seule pratique des autorités – censées s'abstenir d'éloigner trop vite – et exige de véritables garanties juridiques.

Ces garanties doivent prendre la forme d'un recours de plein droit suspensif.

La Cour a ainsi souvent rappelé que :

« Les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention » (Cour EDH, 3e Sect. 5 février 2002, *Čonka c. Belgique*, Req. n° 51564/99, § 83)

A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler une fois encore que l'argumentation gouvernementale invoquant une « *pratique* » de non-éloignement avant l'examen juridictionnel pour tenter de justifier l'absence de recours suspensif de plein droit a été clairement rejetée par la Cour (Cour EDH, 2e Sect. 26 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhién] c. France*, Req. n° 25389/05).

Or, dans le contexte mahorais, les seules contreparties à l'absence de recours suspensif apportées par l'article L.514-1 du CESEDA sont :

- Le bénéfice d'un jour franc à compter de la notification portant OQTF si l'autorité consulaire le demande ;
- La possibilité pour l'étranger faisant l'objet d'une OQTF et qui aurait eu, par extraordinaire, le temps de la déférer au tribunal administratif de Mamoudzou d'assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution.

Ces deux « garanties » sont tout à fait insuffisantes pour compenser l'absence de recours suspensif de plein droit.

De fait, des étrangers sont éloignés depuis les départements d'outre-mer soumis au régime dérogatoire, en dépit d'un recours en référé déposé auprès du juge administratif et faisant état d'attaches familiales fortes en France².

A l'exacte image de ce qu'a fait le législateur français à la suite de l'arrêt *Gebremedhin* (Article L. 213-9 du CESEDA créé par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 - art. 24 JORF 21 novembre 2007), il est donc indispensable d'instaurer un recours suspensif de plein droit pour les étrangers au sein des collectivités d'outre-mer – telle Mayotte – où il n'existe pas encore.

V-4.5 Pour justifier le refus de prévoir un jour franc ainsi qu'un recours suspensif, le Gouvernement ne saurait invoquer l'existence de circonstances particulières à Mayotte.

² Par exemple : TA Mayotte, 28 janvier 2013, n° 1300023; TA Cayenne, 12 avril 2013, n° 1300298; TA Cayenne, 9 décembre 2013, n°1301237 ; TA Cayenne, 9 janvier 2014, n°1400009.

Certes, par le passé, le Conseil constitutionnel a toléré que des dérogations soient apportées aux dispositifs de recours de droit commun, au motif qu'il importait de « *prendre en compte la situation particulière et les difficultés durables du département de la Guyane et, dans le département de la Guadeloupe, de la commune de Saint-Martin, en matière de circulation internationale des personnes* » (Cons. constit., Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, § 108-110).

Toutefois, dans son arrêt *De Souza Ribeiro c. France* de 2012, la Grande Chambre de la Cour européenne a fermement rejeté tout argument selon lequel la situation géographique d'un département d'outre-mer et la « *pression migratoire* » subséquente justifieraient un régime juridique d'exception et des pratiques administratives contraires à la Convention.

Ainsi, à propos de la Guyane – dont la situation est tout à fait comparable à celle de Mayotte au sujet de la situation migratoire –, la Cour a d'abord expressément écarté l'argument tiré de la « *situation particulière* » :

« **Quant à la situation géographique de la Guyane, et à la forte pression migratoire subie par ce département-région d'outre-mer, le Gouvernement soutient que ces éléments justifieraient le régime d'exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. Au vu du cas d'espèce, la Cour ne saurait souscrire à cette analyse. Certes, elle est consciente de la nécessité pour les Etats de lutter contre l'immigration clandestine et de disposer des moyens nécessaires pour faire face à de tels phénomènes, tout en organisant les voies de recours internes de façon à tenir compte des contraintes et situations nationales.**

Toutefois, si les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose l'article 13 de la Convention, **celle-ci ne saurait permettre, comme cela a été le cas dans la présente espèce, de dénier au requérant la possibilité de disposer en pratique des garanties procédurales minimales adéquates visant à le protéger contre une décision d'éloignement arbitraire** » (*De Souza Ribeiro, préc.*, § 97).

Ensuite, la Grande Chambre a également écarté l'argument reposant sur la « *bonne administration de la justice* » et le prétendu « *risque d'engorgement* » de la justice administrative :

« En ce qui concerne le risque d'engorgement des juridictions pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la justice en Guyane, la Cour rappelle que, tout comme l'article 6 de la Convention, l'article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition. A cet égard, il y a lieu de souligner l'importance de l'article 13 en vue du maintien du caractère subsidiaire du système de la Convention (voir, mutatis mutandis, Kudla, précité, § 152, et Čonka, précité, § 84) » (Ibid. § 98).

Pourtant, faisant totalement fi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le rapport au Président de la République tente de justifier l'ordonnance contestée et la persistance d'un régime dérogatoire à Mayotte en mobilisant ces mêmes arguments fermement rejetés par la Cour :

« L'article 14 organise le maintien à Mayotte du caractère non suspensif de plein droit du recours contre les décisions d'éloignement d'étrangers en situation irrégulière, à l'instar du régime existant aussi en Guyane et à Saint-Martin de façon pérenne ou en Guadeloupe et à Saint-Barthélemy de façon temporaire. 13 000 reconduites à la frontière (soit l'équivalent de la moitié du volume des éloignements effectués en métropole) sont réalisées annuellement depuis Mayotte. Le caractère exceptionnel de l'immigration irrégulière à Mayotte justifie de ne pas renoncer à ce régime spécifique auquel les obligations européennes ne s'opposent pas. Une solution contraire aboutirait à une complexification de l'action administrative ainsi qu'à un engorgement de la juridiction administrative dont pâtirait aussi, in fine, le justiciable ».

La contradiction entre les motivations gouvernementales et la jurisprudence européenne est donc particulièrement flagrante.

Dans ces conditions, sauf à heurter frontalement les exigences européennes, rien ne saurait justifier l'absence d'un recours suspensif de plein droit ainsi que d'un jour franc.

Partant, l'article 14 II. de l'ordonnance contestée est indéniablement contraire à l'article 13 de la Convention, combiné, selon les cas, à ses articles 2, 3, 8 de la Convention et 4 de son Protocole n° 4, ainsi qu'à l'article 13 de la directive 2008/115/CE, lorsqu'il exclut l'application des « dispositions des articles L. 512-1, L. 512-3 et L. 512-4 » à Mayotte, en particulier de l'effet suspensif du recours contre l'OQTF prévu l'article L.512-3.

De ce chef encore, l'ordonnance attaquée encourt la censure.

VI. En troisième lieu, les articles 11 et 20 II de l'ordonnance contestée sont entachés d'une double erreur de droit et d'erreur manifeste d'appréciation.

Les associations et syndicat exposants entendent démontrer à cet égard que ces dispositions constituent une rupture d'égalité devant la loi entre étrangers résidant régulièrement en métropole et ceux résidant régulièrement à Mayotte, qu'elles méconnaissent l'article 73 de la Constitution en ce qu'elles portent atteinte à la liberté d'aller et venir, et, en tout état de cause, qu'elles procèdent d'une erreur manifeste d'appréciation du Gouvernement en l'absence d'éléments justifiant, au regard de la situation de Mayotte, des dérogations au droit applicable en Métropole.

VI-1 En droit, l'article 73 de la Constitution dispose que :

« Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ».

Mais encore faut-il démontrer l'existence de ces « *caractéristiques et contraintes particulières* » pour justifier la mise à l'écart du droit commun applicable en Métropole.

Pour apprécier des dispositions législatives d'adaptation dans les collectivités de l'article 73 de la Constitution, le Conseil constitutionnel examine en effet si les contraintes et caractéristiques particulières sont réunies et vérifie que les adaptations sont cohérentes avec ces contraintes et caractéristiques (Cons. constit., Décision n°2011-180 QPC du 13 octobre 2011, *M. Jean-Luc O. et autres* [Prélèvement sur les « retraites chapeau »] ; Décision n°2012-290/291 QPC du 25 janvier 2013, *Société Distrivit et autres* (Droit de consommation du tabac dans les DOM), cons. 8 ; Décision n°2013-301 QPC du 5 avril 2013, *Mme Annick D. épouse L.* [Cotisations et contributions sociales des travailleurs non salariés non agricoles outre-mer], cons. 6 ; Cons. constit., Décision n° 2013-313 QPC du 22 mai 2013, *Chambre de commerce et d'industrie de région des îles de Guadeloupe et autres* [Composition du conseil de surveillance des grands ports maritimes outre-mer]. V. aussi CJCE, 10 octobre 1978, *Hansen*, 148/77 ; CJCE 19 février 1998, *Paul Chevassus-Marche et Conseil régional de la Réunion*, aff. C-212/96).

Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel a reconnu, s'agissant de la circulation des personnes, la situation particulière du département de la Guyane.

S'agissant des contrôles frontaliers, il a estimé que :

« Le législateur a pu, pour prendre en compte la situation particulière du département de la Guyane en matière de circulation internationale des personnes, rendre applicables les deux premiers alinéas de l'article 8-2 à ce département, dans une zone comprise entre les frontières terrestres et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle ; qu'il n'a pas non plus, compte tenu de cette situation en relation directe avec l'objectif qu'il s'est fixé de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine, porté atteinte au principe constitutionnel d'égalité » (décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *loi Debré*, cons. 21).

Dans le même sens, au sujet de l'absence de recours suspensif, le Conseil a considéré que :

« Le législateur a pu, pour prendre en compte la situation particulière et les difficultés durables du département de la Guyane et, dans le département de la Guadeloupe, de la commune de Saint-Martin, en matière de circulation internationale des personnes, y maintenir le régime dérogatoire institué par les articles 12 quater et 40 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 susvisée, sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis ; que les intéressés conserveront un droit de recours juridictionnel contre les mesures de police administrative ; qu'ils auront notamment la faculté de saisir le juge des référés administratifs ; que le législateur n'a pas non plus porté atteinte au principe constitutionnel d'égalité compte tenu de cette situation particulière, laquelle est en relation directe avec l'objectif qu'il s'est fixé de renforcer la lutte contre l'immigration clandestine ; que les adaptations ainsi prévues ne sont pas contraires à l'article 73 de la Constitution » (Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure).

Mais, ainsi que cela a déjà été démontré précédemment, cette dernière solution heurte frontalement l'arrêt *De Souza Ribeiro* au sein duquel la Cour européenne des droits de l'homme a fermement exclu que les spécificités de la situation migratoire en Guyane et les considérations de bonne administration de la justice puissent justifier des assouplissements et dérogations aux exigences du droit à un recours effectif.

En outre, à la différence des textes examinés par le Conseil en 1997 et 2003, les dispositions contestées ne créent pas des régimes dérogatoires relatifs au régime de circulation ou aux recours ouverts aux irréguliers, **mais sur le droit au séjour d'étrangers en situation régulière**, population qui, à Mayotte, est beaucoup moins nombreuse en proportion qu'en Métropole.

Dès lors, et d'emblée, les dérogations contestées peuvent difficilement prétendre poursuivre l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière.

Mais il y a plus.

VI-2 En l'espèce, il n'existe pas suffisamment de « *caractéristiques et contraintes particulières* » à Mayotte pour justifier de tels régimes dérogeant au principe d'identité législative.

VI-2.1 En effet, et premièrement, l'article 11 subordonne la délivrance d'une carte de résident au bout de trois ans aux parents et conjoints de Français à la justification de ressources (2° et 3° de l'article L. 314-9 du CESEDA).

L'article 11 conditionne la délivrance d'une carte de résident au père ou à la mère d'un enfant français titulaire depuis trois ans d'une carte de séjour temporaire (CST) délivrée à ce titre ou à l'étranger en situation régulière et marié depuis au moins trois ans avec un Français à des conditions de ressources et de logement (2° et 3° de l'article L. 314-9 du CESEDA).

Selon le droit commun, ces conditions ne sont requises que pour la carte de résident de longue durée – UE.

Elles sont très difficiles à satisfaire étant donné la situation économique extrêmement précaire des habitants de Mayotte, français ou étrangers.

Certes, le critère de ressources suffisantes s'évalue en référence au salaire minimum garanti (SMIG) à Mayotte. Mais ce SMIG net mensuel sera aligné sur le SMIC dès le 1^{er} janvier 2015 et en est déjà très proche en 2014 (1 114 €, soit du SMIC national).

Ce critère est d'autant plus difficile à respecter que lesdites ressources seront probablement évaluées sur la durée de résidence requise donc sur trois années (ou même sur cinq années, en vertu de l'art. R. 314-1-1 du CESEDA qui est applicable à Mayotte).

En effet, le PIB par habitant était en 2009 de 6 570€ par an alors qu'il était de 29 290 € en métropole. Et, en 2012, selon l'analyse de l'INSEE citée ci-dessus :

- « *Mayotte compte 52 300 actifs âgés de 15 à 64 ans. Parmi eux, 19 000 personnes se déclarent au chômage, soit 36,6 %. Ce taux est le plus élevé des départements d'outre-mer (de*

28,1 % en Martinique à 34,4 % à La Réunion). Les inactifs représentent 54 % de la population des 15 à 64 ans, alors que leur part n'atteint jamais 50 % dans les autres DOM et se situe à 28 % en métropole. »

- *« à Mayotte, deux résidences principales sur trois sont encore dépourvues de confort de base contre seulement 1,5 % des résidences en France métropolitaine ». Et « un logement sur trois est une maison en tôle ».*

Les seuls cas vraisemblables sont des couples mixtes dont l'un des conjoints est français de métropole, résidant pendant quelques années à Mayotte.

Dans le rapport au Président de la République, la seule justification donnée à ce dispositif réside dans :

« La volonté de ne pas accroître l'attractivité de Mayotte pour les candidats à l'immigration irrégulière, notamment pour les parents qui envoient leurs enfants à Mayotte où ils vivent ensuite dans des conditions extrêmement précaires : en effet, le conseil général n'a pas les moyens de financer un dispositif d'aide sociale à l'enfance (ASE) suffisant ».

Mais celle-ci est dépourvue de pertinence s'agissant de personnes auxquelles la préfecture a déjà jugé bon d'attribuer une carte de séjour.

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance contestée (et depuis la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation), l'ordonnance relative à l'entrée et au séjour des étrangers à Mayotte disposait que :

« La carte de résident peut être accordée : [...]

b) A l'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant à Mayotte et titulaire depuis au moins trois années de la carte de séjour temporaire visée au 3° de l'article 16, sous réserve qu'il remplisse encore les conditions prévues pour l'obtention de cette carte de séjour temporaire et qu'il ne vive pas en état de polygamie ;

c) A l'étranger marié depuis au moins trois ans avec un ressortissant de nationalité française, à condition que la communauté de vie entre les époux n'ait pas cessé depuis le mariage, que le conjoint ait conservé la nationalité française et, lorsque le mariage a été célébré à l'étranger, qu'il ait été transcrit préalablement sur les registres de l'état civil français » (Article 19 al. 2 de l'ordonnance relative à l'entrée et au séjour des étrangers à Mayotte).

L'ordonnance du 7 mai 2014 restreint donc considérablement ce droit.

Pourtant, malgré une augmentation en 2013, rien ne permet de considérer que le nombre de cartes de résident ait été élevé. Selon les statistiques préfectorales, 621 cartes furent délivrées en 2010, 711 en 2011, 460 en 2012, 1164 en 2013 (onze premiers mois).

Titres délivrés à Mayotte de 2008 à 2013 (11 mois)

Source : Préfecture de Mayotte

Carte de résident	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Comores	57	224	532	621	330	951	2 715
Madagascar	7	42	40	48	118	165	420
Autres	10	11	49	42	12	48	172
Total	74	277	621	711	460	1 164	3 307
Carte séjour	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Comores	3 919	7 422	7 067	7 893	7 942	9 974	44 217
Madagascar	318	436	360	243	897	1 011	3 265
Autres	41	68	84	75	326	86	680
Total	4 278	7 926	7 511	8 211	9 165	11 071	48 162

Part des cartes de résident

Nationalités	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Comores	1,4%	2,9%	7,0%	7,3%	4,0%	8,7%	5,8%
Madagascar	2,2%	8,8%	10,0%	16,5%	11,6%	14,0%	11,4%
Autres	19,6%	13,9%	36,8%	35,9%	3,6%	35,8%	20,2%
Total	1,7%	3,4%	7,6%	8,0%	4,8%	9,5%	6,4%
Nationalités	Part des cartes de séjour						

Comores	98,6%	97,1%	93,0%	92,7%	96,0%	91,3%	94,2%
Madagascar	97,8%	91,2%	90,0%	83,5%	88,4%	86,0%	88,6%
Autres	80,4%	86,1%	63,2%	64,1%	96,4%	64,2%	79,8%
Total	98,3%	96,6%	92,4%	92,0%	95,2%	90,5%	93,6%

Aucune situation exceptionnelle, ni aucun autre argument valable, ne justifie donc une telle dérogation au droit commun.

VII-2.2 Deuxièmement, l'article 20 de l'ordonnance attaquée est également critiquable en ce que de son point II. il insère dans le chapitre II du titre III du livre VIII du CESEDA un article L. 832-2 qui déroge, de manière injustifiée, au principe d'unité de la République par les dispositions suivantes :

« II. — Après l'article L. 831-1, est inséré un chapitre II ainsi rédigé :

« Chapitre II

[...]

« Art. L. 832-2.-Sans préjudice des dispositions des articles L. 121-1 et L. 121-3, les titres de séjour délivrés par le représentant de l'Etat à Mayotte, à l'exception des titres délivrés en application des dispositions des articles L. 121-3, L. 313-4-1, L. 313-8, du 6° de l'article L. 313-10, de l'article L. 313-13 et du chapitre IV du titre Ier du livre III, n'autorisent le séjour que sur le territoire de Mayotte. »

Les ressortissants de pays figurant sur la liste, annexée au règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres, qui résident régulièrement à Mayotte sous couvert d'un titre de séjour n'autorisant que le séjour à Mayotte et qui souhaitent se rendre dans un autre département doivent obtenir un visa. Ce visa est délivré, pour une durée et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, par le représentant de l'Etat à Mayotte après avis du représentant de l'Etat dans le département où ils se rendent, en tenant compte notamment du risque de maintien irrégulier des intéressés hors du territoire de Mayotte et des considérations d'ordre public.

Le visa mentionné au présent article est délivré de plein droit à l'étranger qui demande l'asile lorsqu'il est convoqué par l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides pour être entendu.

Les conjoints, partenaires liés par un pacte civil de solidarité, descendants directs âgés de moins de vingt et un ans ou à charge et ascendants directs à charge des citoyens français bénéficiant des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives aux libertés de circulation sont dispensés de l'obligation de solliciter le visa mentionné au présent article. »

Cet article est précisé par un article dérogatoire introduit dans la partie réglementaire du CESEDA.

Ainsi, aux termes de l'article R. 832-2 du CESEDA créé par l'article 11 du décret du 23 mai 2014 :

« L'étranger qui sollicite le visa prévu à l'article L. 832-2 présente son document de voyage, le titre sous couvert duquel il est autorisé à séjourner à Mayotte, les documents permettant d'établir les conditions de son séjour dans le département de destination, les moyens d'existence lui permettant de faire face à ses frais de séjour ainsi que les garanties de son retour à Mayotte.

Sauf circonstances exceptionnelles, ce visa ne peut lui être délivré pour une durée de séjour excédant trois mois. Le représentant de l'État à Mayotte recueille l'avis du préfet du département de destination. Cet avis est réputé favorable si le préfet consulté n'a pas fait connaître d'opposition dans le délai de quinze jours ».

Ce dispositif est décrit dans le rapport au Président de la République, sans en donner une quelconque justification, dans les termes suivants :

« L'article L. 832-2 précise, par dérogation au principe d'unité du territoire d'application du CESEDA, que les cartes de séjour délivrées à Mayotte ne permettent le séjour qu'à Mayotte. En conséquence, il maintient l'exigence de visa pour les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne titulaires d'un titre de séjour en cours de validité à Mayotte souhaitant se rendre dans un autre département d'outre-

mer ou de France métropolitaine. Des exceptions sont toutefois prévues, d'une part pour les titres de séjour délivrés en application de directives européennes prévoyant le libre accès à l'ensemble des territoires de la République (cartes de séjour portant la mention « scientifique-chercheur » ou « carte bleue européenne » et cartes de résident portant la mention « résident de longue durée-CE ») et, d'autre part, pour l'ensemble des cartes de résident, qui exempteront leurs titulaires de visa pour se rendre dans un autre département. Compte tenu des dispositions de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, qui ne distinguent pas entre les droits des réfugiés statutaires et ceux des protégés subsidiaires en ce qui concerne la circulation, l'exemption de visa préfectoral est étendue à ces derniers (article L. 313-13 du CESEDA). Enfin, il est précisé que cette disposition ne concerne que les ressortissants de pays tiers membres de familles de Français ».

Le CESEDA s'applique « en France », ce terme étant défini par son article L.111-3 (modifié par art. 2 de l'ordonnance du 7 mai 1014) :

*« Au sens des dispositions du présent code, l'expression « en France » s'entend de la France métropolitaine, **de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de Mayotte, de La Réunion, de Saint-Pierre-et-Miquelon, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin** ».*

Avant cette ordonnance, ce même terme couvrait le même territoire composé de trois collectivités d'outre-mer d'Amérique et de tous les départements sauf Mayotte (voir aussi le livre III du CESEDA intitulé « *Le séjour en France* »).

Il est à noter qu'il ne s'agit ici que de la validité des titres pour le séjour.

Car la validité d'une autorisation de travail, éventuelle liée à ce titre, est toujours restreinte à un seul département d'outre-mer ou à la métropole (parfois à l'une de ses régions).

Or, bien que l'ordonnance du 7 mai 2014 intègre Mayotte dans « la France » au sens du CESEDA, une distinction est maintenue pour des personnes étrangères même en situation régulière en France.

Un titre de séjour délivré à Mayotte n'est valable dans les autres départements que s'il s'agit :

- d'une carte de résident ;

- d'une carte de séjour temporaire dont l'attribution est régie par une directive européenne (membre de famille d'un ressortissant ou d'une ressortissante de l'UE, titulaire d'une carte de résident longue durée délivrée dans un autre pays de l'UE, carte bleue européenne, scientifique-chercheur, vie privée et familiale en raison du bénéfice d'une protection subsidiaire au titre de l'asile).

Toute autre carte de séjour temporaire délivrée à Mayotte ne confère aucun droit à circuler ou à résider dans les autres départements français.

Tel est notamment le cas d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » délivrée à Mayotte (sauf dans le cas de la protection subsidiaire en raison de la directive du 29 avril 2004).

Une telle différence de traitement à l'égard des étrangers installés à Mayotte régulièrement n'est pas justifiée par la situation migratoire à Mayotte.

VII-3 Par ailleurs, l'article 20 est critiquable au regard du principe constitutionnel de liberté d'aller et venir, découlant de la Déclaration des droits de l'homme et garanti également par l'article 2 du Protocole n°4 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 20 instaure un visa pour circuler de Mayotte vers les autres départements (CESEDA, art. L. 832-2, al. 2 à 4), alors que les titulaires des mêmes titres de séjour délivrés dans ces départements peuvent circuler et résider sous couvert de leur titre de séjour à Mayotte.

Pour entrer dans un autre département en vue d'un court séjour, un titulaire d'une carte de séjour temporaire délivrée à Mayotte est, sauf exception, soumis aux mêmes conditions que toute personne étrangère entrant dans l'espace Schengen ou dans un autre département d'outre-mer en provenance d'un Etat tiers.

L'obtention auprès de la préfecture d'un visa est prévue sauf dans les cas très exceptionnels suivants :

- une nationalité portant dispense de visa « Schengen », ce qui est un cas improbable à Mayotte puisqu'aucune d'entre elles ne correspond à l'un des pays de cette région ;
- les conjoints, partenaires liés par un pacte civil de solidarité, descendants directs âgés de moins de vingt et un ans ou à charge et ascendants directs à charge des citoyens français bénéficiant des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives aux libertés de circulation ;
- le demandeur l'asile lorsqu'il est convoqué par l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides pour être entendu (à qui le visa est de droit).

Dans tous les autres cas, les conditions de délivrance du visa sont celles qu'imposent la réglementation Schengen eu le livre II du CESEDA : justificatifs des moyens d'existence et garanties de rapatriement.

Cette restriction spécifique à Mayotte des droits de titulaires d'une carte de séjour temporaire ne peut trouver la moindre justification dans une quelconque situation exceptionnelle liée à une pression migratoire spécifique à Mayotte.

Il s'agit en effet ici du petit nombre des personnes étrangères présentes en France et auxquelles la préfecture a accordé une carte de séjour temporaire selon des critères encore plus restrictifs que dans les autres départements.

Malgré la départementalisation de Mayotte, des OQTF de personnes en situation régulière à Mayotte pourront donc continuer à être

délivrées en métropole à des personnes en situation régulière à Mayotte.

La destination de la reconduite est alors Mayotte, « pays » où la personne peut être réadmise et ce au mépris du principe de liberté d'aller et venir et d'indivisibilité de la République.

De ce chef également, la censure est acquise.

VII. En quatrième lieu, l'article 9 de l'ordonnance attaquée est **entaché d'erreur de droit** en ce qu'il dispose que :

« Au 2° de l'article L. 313-11 du même code, après les mots : « avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans » sont insérés les mots : « ou, à Mayotte, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans, avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs titulaire de la carte de séjour temporaire ou de la carte de résident ». »

VII-1 En droit, l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant précise en effet 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. »

Cet article doit être considéré comme directement applicable en droit interne, conformément aux jurisprudences du Conseil d'État (CE, 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, n°161.364), mais aussi de la Cour de cassation (Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16336 et pourvoi 02-20613).

En droit interne, il est rappelé que l'article L. 112-4 du code de l'action sociale et des familles dispose que « *l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant* » ou encore que l'article L. 111-2 du

code de l'éducation prévoit que « *tout enfant a droit à une formation scolaire* ».

Enfin, il est à noter que, tout récemment, la Cour de cassation a énoncé que « *l'intérêt, la prise en compte des besoins et le respect des droits (de l'enfant) constituent des motifs d'intérêt général (répondant) à des exigences constitutionnelles reconnues et garanties par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 et à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » (Crim., 22 janvier 2013, n° 12-90.065) ».

Au surplus, comme le précise le Défenseur des droits dans sa décision n° MDE-2013-87 du 19 avril 2013,

« Le contexte spécifique à Mayotte ne saurait exonérer les pouvoirs publics de leurs obligations fondées sur la Convention internationale des droits de l'enfant et les lois de la République ».

VII-2 En l'espèce, l'article 9 de l'ordonnance attaquée restreint la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » au jeune étranger (à sa majorité ou dès l'âge de seize ans dans le but d'exercer une activité professionnelle) qui justifie avoir résidé à Mayotte depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans, avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptif en ajoutant « **titulaire de la carte de séjour temporaire ou de la carte de résident** » (2° de l'article L. 313-11 du CESEDA).

La seule justification de ce dispositif évoquée par le rapport au Gouvernement est :

« La volonté de ne pas accroître l'attractivité de Mayotte pour les candidats à l'immigration irrégulière, notamment pour les parents qui envoient leurs enfants à Mayotte où ils vivent ensuite dans des conditions extrêmement précaires : en effet, le conseil général n'a pas les moyens de financer un dispositif d'aide sociale à l'enfance (ASE) suffisant ».

Une telle affirmation est assez surprenante, s'agissant d'enfants vivant depuis plusieurs années avec l'un de leurs parents.

Pour évaluer l'impact de cette mesure, quelques données relatives aux étrangers résidant à Mayotte peuvent être utilement rappelées.

A partir d'un recensement effectué en 2012, l'INSEE évaluait à 86 400 personnes étrangères qui vivaient à Mayotte.

En outre, « *près de quatre étrangers sur dix sont des mineurs, nés à Mayotte* » en 2012³. Ainsi le nombre d'enfants étrangers nés à Mayotte s'élève à plus de 30 000. Un nombre plus élevé y est donc arrivé très jeune.

La majorité de ces enfants quitte l'école à seize ans et souhaitent travailler ou suivre une formation professionnelle, ce qu'ils ne seront pas autorisés à faire sans titre de séjour.

Pour la même année, le rapport au Parlement du Comité interministériel de contrôle de l'immigration évalue à 75 000 le nombre d'étrangers qui sont en situation irrégulière et à 17 412 le nombre d'étrangers en situation régulière.

Ce dernier chiffre comprend des autorisations provisoires et des récépissés.

En effet, la préfecture n'avait délivré que 460 cartes de résident (CR) et 9165 cartes de séjour temporaires (CST) soit au total seulement 10 625. Le nombre de personnes susceptibles d'être titulaires d'une CST ou d'une CR depuis l'année 2009 est, au plus, celui des titulaires de l'un de ces deux titres en 2009, soit 8 203 personnes.

Moins de 10 % des parents étrangers d'un enfant arrivant à sa majorité en 2014 sont ainsi susceptibles de remplir cette condition.

Cette condition prive donc de leur droit au séjour un très grand nombre d'enfants à qui, à partir de l'âge de seize ans, ce titre de séjour serait délivré de plein droit en métropole.

Surtout, ladite condition expose ces enfants à une mesure de reconduite vers un pays voisin où ils n'ont souvent jamais vécu. Et ce,

³ INSEE 1re, n° 1488, février 2014 (<http://insee.fr/fr/ffc/ipweb/ip1488/ip1488.pdf>)

souvent après une longue scolarisation en France et alors même qu'ils vivent avec l'un de leurs parents à Mayotte.

De ce chef, l'ordonnance attaquée encourt la censure.

VIII. En cinquième lieu, l'article 17 de l'ordonnance attaquée est entaché d'erreur de droit en ce qu'il dispose que :

« Au second alinéa de l'article L. 611-11 du même code, après les mots : « il en est de même » sont insérés les mots : « à Mayotte, » ».

VIII-2 En effet, l'article 17 rend applicables les articles L611-8 et L611-9 du CESEDA à Mayotte dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà.

Ces textes autorisent les officiers de police judiciaire à procéder, avec l'accord du conducteur ou, à défaut, sur instructions du procureur de la République, à la visite sommaire des véhicules circulant sur la voie publique en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

En cela, et alors même que le code de procédure pénale, en son article 78-2, prévoit déjà la possibilité de contrôles d'identité dérogatoires, sans réquisitions du parquet, sur le département de Mayotte, ce texte porte atteinte de manière disproportionnée à la liberté de circulation sur ce territoire.

Ces visites sommaires pourront être réalisées de manière systématique et sans contrôle, en pratique, de l'autorité judiciaire, le texte ne prévoyant pas que l'intéressé soit informé de son droit de s'opposer à cette mesure.

De ce chef enfin, l'annulation est encourue.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations et syndicat exposants concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **ANNULER** les articles 5, 9, 11, 14, 17 et 20 de l'ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative)

- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 1.000 euros par requérant sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit.

Patrice SPINOSI
Avocat au Conseil d'Etat

Productions :

- 1 – Ordonnance n° 2014-464 du 7 mai 2014 portant extension et adaptation à Mayotte du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie législative)
- 2 – Décision du bureau du GISTI en date du 7 juin 2014
- 3 – Délibération du bureau de l'Anafé en date du 6 juin 2014
- 4 – Décision du bureau de AIDES en date du 6 juin 2014
- 5 – Attestation de la présidente de l'Association les Amoureux au ban public en date du 11 juin 2014
- 6 – Décision du bureau de la CIMADE en date du 12 juin 2014
- 7 – Délibération du bureau fédéral du FASTI en date du 18 mai 2014
- 8 – Mandat du Président de la LDH en date du 12 juin 2014
- 9 – Décision du Président de Médecins du Monde en date du 12 juin 2014
- 10 – Délibération du conseil syndical du Syndicat de la Magistrature du 23 mai 2014