**Réquisitoire du procureur, Serge Portelli** (Dans [Journal du droit des jeunes](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes.htm) [2011/6 (N° 306)](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6.htm), pages 43 à 45)

Le sort en est déjà jeté à cette heure de la journée, non pas parce que je pense que ce tribunal est partial, mais parce tout ce que nous avons entendu depuis ce matin est tristement accablant et se passe d’un acte accusatoire. Le droit est bien faible à côté de l’émotion qu’on a pu fortement ressentir, non seulement en entendant les témoins, mais également à l’écoute des experts.

[2](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa2)Néanmoins, je ne vais pas faillir à ma tâche et je ne ferai pas un réquisitoire trop juridique, car le droit, s’il est nécessaire, n’est pas essentiel ; la question des valeurs est ici fondamentale, celles qui sont derrière les grands principes juridiques.

[3](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa3)Loin derrière ces valeurs, il y a le droit positif, actuel, mais qui n’est que le droit du moment. Là je m’adresse au public autant qu’au tribunal : ce droit est un droit qui change. Nos maîtres, notamment **Jean Carbonnier** dans un de ses principaux ouvrages *Flexible droit* [**[1][1]**J. Carbonnier, Flexible droit : pour une sociologie du droit…](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#no1), et d’autres encore, invoquent le caractère flou du droit, ce qui peut étonner nombre de juristes pour qui le droit exprime la rigidité de la pensée de ceux qui le mettent en œuvre. Le droit est en train de changer, ce qui peut permettre aux enfants d’espérer. Ce procès aurait été inutile si la Cour de cassation avait suivi les réquisitions de l’avocat général Chevallier, en décembre 2009, qui demandait que la Cour déclare que l’enfermement des enfants étrangers est illégal. Ça a failli se faire. Ces réquisitions ont été un grand moment d’espoir pour l’ensemble des professionnels travaillant avec les migrants quand il est paru dans la presse, mais l’avocat général n’a pas emporté la conviction de la Cour de cassation.

[4](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa4)Dans cette affaire, le juge de cassation a été saisi, car des « *petits juges* », des juges de la liberté et de la détention, puis une, puis deux cours d’appel, puis d’autres encore avaient déjà décidé, fermement, en argumentant en droit, qu’il était impossible d’enfermer les enfants étrangers dont les parents sont en situation irrégulière. Quelques magistrats de la Cour de cassation, qui prendront un jour leur retraite, en ont pourtant décidé autrement.

[5](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa5)Cette évolution du droit est en cours. Un des exemples actuels est un progrès décisif du droit qui nous vient des juges. Harcelés par les avocats, les « *petits juges* » ont permis de donner une impulsion en matière de garde à vue, mettant désormais le gouvernement l’épée dans le dos. La Cour européenne des droits de l’Homme a statué à plusieurs reprises, jusqu’à ce que le gouvernement admette que cela ne concernait pas la Turquie ou la Russie, mais aussi la France. Le Conseil constitutionnel a également fini par critiquer la garde à vue, et puis, dans son courage exemplaire, la Cour de cassation, en dernier. Il ne faut donc jamais désespérer de cette haute juridiction française.

[6](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa6)Elle va désormais bientôt nous en donner la preuve d’ici quelques semaines, puisque la Cour de justice de l’Union européenne a récemment statué – dans une décision que nos hommes politiques tardent à comprendre – que la pénalisation du séjour irrégulier n’était pas possible et dès lors qu’il est interdit de placer en prison des étrangers simplement parce qu’ils sont démunis de titre de séjour. Rendons-nous compte que, jusqu’à ce que des juges déclarent que c’est interdit, des autorités politiques, des juges ordinaires, mettaient en prison. Du jour au lendemain, c’est devenu impossible. Il s’agit d’une véritable dépénalisation de l’entrée irrégulière sur un territoire. Pour l’enfermement des mineurs, c’est ce qui va se passer nécessairement.

[7](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa7)Ce pouvoir-là, il est dans la main des juges, à condition que, comme d’habitude, ils soient harcelés par les avocats, par quelques politiques, par les associations, par la société civile.

[8](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa8)Pour que des juridictions puissent le dire, pour que ce que nous souhaitons devienne réalité, il y a un certain nombre d’arguments à avancer. Ceux-là découlent un certain nombre de valeurs fondamentales. Quel que soit l’état du droit positif, qu’on se trouve en Australie, en Russie, au Canada ou en France, le problème est le même partout. Pardon pour l’administration française, mais il ne s’agit pas de discuter de quelques petits textes de décrets. La légalité du décret de 2005 organisant la présence des familles dans les centres de rétention a été reconnue par le Conseil d’État, ou encore la légalité de la circulaire prévoyant qu’il fallait du matériel de puériculture, reconnue là encore par le Conseil d’État. Et alors ? Quelle importance ? Le problème n’est pas là. Il ne s’agit pas de faire de l’exégèse d’un petit texte administratif français. Tout ceci sera balayé le jour où les magistrats voudront bien comprendre que leur devoir, en tant que gardiens des libertés, c’est de défendre des valeurs et de défendre la démocratie.

[9](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa9)Je ne fais là que relire ce qui est dans la Constitution et ce qui figure en en-tête de la plupart des décisions de la Cour européenne des droits de l’Homme, qui statue en rappelant que nous vivons dans une démocratie et que nous devons la défendre. C’est ce que les juges devraient mettre en en-tête de toutes leurs décisions, y compris en matière d’enfermement des enfants étrangers.

[10](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa10)**La première des valeurs fondamentales, c’est d’abord la liberté qui est la règle absolue dans toutes les matières**, qu’il s’agisse du droit pénal, du droit des étrangers, des adultes ou des enfants. En contrepartie de cette valeur, il y a l’enfermement, qui donc ne peut être que l’exception… dans toutes les matières.

[11](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa11)Cet enfermement doit être vu, non pas avec les yeux du juriste, mais avec celui de l’Homme. J’étais content d’entendre la réflexion de Marie-Rose Moro qui disait « *prison* ». Je connais beaucoup de juristes qui vont frémir, et dire « *Mais non ! Nous qui avons fait du droit*, *qui connaissons la différence entre le droit administratif et le droit pénal*, *le centre de rétention n’est pas une prison… d’abord l’uniforme des gardiens n’est pas le même* ».

[12](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa12)Ceux qui sont passés près d’un centre de rétention – je passe souvent à côté de celui de Vincennes… je passe aussi à Fleury, à Fresnes – sont frappés d’une certaine similitude dans l’aspect extérieur : ce sont des murs très hauts, trois à quatre fois ma taille, et en haut de ces murs, des rouleaux de barbelés partout, tout autour. Et puis, si l’on peut entrer, on passe par de lourdes portes affreuses qui ne s’ouvrent jamais que pour laisser entrer ou sortir.

[13](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa13)Évidemment ces lieux sont des prisons, il n’y a aucune différence dans le ressenti des prisonniers et des personnes détenues dans les CRA et les zones d’attente. Ces lieux d’enfermement sont des prisons. Elles doivent de toute façon rester l’exception, aussi bien au plan pénal qu’ailleurs, et encore plus pour ces étrangers, pour la simple et bonne raison qu’ils n’ont commis aucun délit… On le sait d’autant mieux maintenant que la Cour de justice de l’Union européenne en a ainsi statué.

[14](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa14)L’enfermement est l’exception. La loi pénitentiaire de 2009 prévoit que la prison doit être le dernier recours. Parce que nous sommes encore en démocratie, la règle est la liberté. C’est pourquoi, contrairement à ce que nous dit encore le droit positif français, quand un étranger est en situation irrégulière, il ne doit pas systématiquement aller en centre de rétention. Il doit d’abord rester en liberté avec, si c’est nécessaire, un certain nombre de contraintes, de surveillance.

[15](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa15)Si vraiment toute autre solution est totalement impossible, à ce moment-là seulement, et en dernier recours, le centre de rétention est possible. Là, je ne parle que des adultes. Si pour les adultes – dont ce n’est pas le sujet aujourd’hui – on est dans le cadre d’une exception, **pour les mineurs**, **par contre**, **il s’agit d’une interdiction absolue**, qui doit s’inscrire dans le cadre précédemment rappelé.

[16](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa16)L’autre valeur est **l’interdiction des traitements inhumains et dégradants**. Pour les juges internes comme européens, ces traitements ne suffisent pas à eux seuls à interdire le placement en CRA ou zone d’attente des mineurs. Je vous dis que ces juges se trompent et que demain ils reviendront à la raison.

[17](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa17)En rédigeant récemment un livre sur la question de la torture, j’ai remarqué que cette question des traitements cruels, inhumains et dégradants est une notion neuve. Elle se greffe sur une autre notion, hélas plus classique et plus connue, qui est celle de la torture. Si celle-ci est connue et a été étudiée – sans disparaître pour autant – la notion de traitement inhumain et dégradant est en pleine évolution. Elle est intervenue dans les années 1970 dans les préliminaires des premiers textes sur la torture. Elle commence à être définie par des juridictions internationales et, en premier lieu, par la Cour européenne des droits de l’Homme depuis le début des années 1980.

[18](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa18)On nous dit aujourd’hui que ces traitements doivent à chaque fois être caractérisés. Ce que les juristes ont appelé une appréciation *in concreto* : il faut à chaque fois regarder dans le détail, dans chaque affaire, en fonction de l’âge, du sexe, de la condition physique, etc., s’il y a ou non un traitement inhumain.

[19](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa19)Aujourd’hui, après avoir entendu les témoins, nous savons qu’il y a un certain nombre de cas dans lesquels il y a automatiquement des traitements inhumains. Nous le savons aussi après avoir entendu les experts. Nous savons qu’il n’y a plus à se pencher sur l’appréciation concrète des cas. **Nous savons que l’enfermement des enfants et des mineurs est nécessairement inhumain** et qu’il n’y a plus, dans ce cas, à se poser des questions.

[20](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa20)Ou alors, allons jusqu’au bout du raisonnement, et demandons-nous si, en France, dans chaque cas évoqué tout à l’heure, les juges des libertés ou les magistrats de la cour ont été sur place voir ces lieux de privations de liberté. Ont-ils été voir si les conditions étaient telles qu’il était humain ou inhumain d’y mettre des enfants ? Y ont-ils été ? Non ! Évidemment. Et c’est de façon abstraite que l’on dit « *ce n’est pas inhumain* »…

[21](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa21)Ont-ils ordonné à chaque fois des expertises psychologiques ? A-t-on convoqué Madame Le Du, Madame Moro, ou d’autres experts psychiatres pour savoir si cet enfant-là présentait des traumatismes ou non ? Non, évidemment !

[22](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa22)Hors de mon rôle de procureur aujourd’hui, il m’arrive souvent d’être juge des libertés. Et je suis comme les autres, j’ai à peu près dix minutes, un quart d’heure pour statuer sur le cas d’un étranger. Mais dans le cas des centres de rétention, c’est encore pire, puisque le mineur n’est même pas là.

[23](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa23)**Qu’on arrête cette hypocrisie de nous dire qu’il faut une appréciation concrète des conditions de rétention de ces mineurs**. C’est un mensonge ! La règle doit être inversée en faveur du mineur. Ce n’est qu’une évolution nécessaire et inévitable que cette notion de traitement cruel, inhumain et dégradant qui n’en est qu’au début de son existence juridique et judiciaire et qui évoluera nécessairement.

[24](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa24)Je renonce à vous dire pourquoi c’est inhumain et dégradant. C’est tellement inutile depuis ce qu’on entendu ce matin, toutes ces ignominies. Tout cela est inhumain, totalement cruel, indigne. Et je suis sûr que chacun d’entre vous va repartir avec la honte au ventre en pensant que c’est ce qui se passe en France aujourd’hui et à Mayotte.

[25](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa25)Mayotte, c’est la France, ce sont des milliers d’enfants qui sont traités de façon scandaleuse. Ce sont des images de ce centre de rétention qui ont été tournées et placées sur l’internet, et l’on se demandait si nous étions en France. L’indignation pourrait faire place à la colère.

[26](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa26)**L’autre valeur est celle de l’intérêt supérieur de l’enfant**. Je serai bref, car cette notion, nous en entendons parler du matin au soir et depuis très longtemps. Mais que veut dire supérieur ? Cela veut dire que l’intérêt de l’enfant l’emporte sur le reste. Les autres notions possibles et imaginables s’inclinent devant l’enfant. Une politique migratoire, d’ordre public ou encore pénale doit s’incliner devant l’intérêt supérieur de l’enfant. Mettre des enfants dans des centres d’enfermement devient aujourd’hui simplement impossible.

[27](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa27)Pour ceux qui s’en souviennent, dans le droit de la famille, l’intérêt de l’enfant, c’est ce qui a mis à bas les institutions les plus anciennes, les plus solidement établies du droit français. Dieu sait que le droit de la famille en France, c’était un socle inaltérable. Les notions d’enfants légitimes, naturels ou encore adultérins ont traversé pendant des siècles le droit français et la société française. Elles sont tombées une à une. Pourquoi ? La Convention de New York n’était pas encore votée. Alors pourquoi ? Parce que c’était de l’intérêt du seul enfant. À lui seul, il a fait tomber cette famille que définissait le Code civil il y a deux siècles.

[28](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa28)Je vous jure que pas grand monde aurait misé sur l’intérêt de l’enfant à l’époque où le Code Napoléon est sorti. Si l’intérêt de l’enfant a pu faire ça, le décret de 2005, la petite circulaire qui a suivi, ne valent pas grand-chose.

[29](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa29)Le respect de la dignité des personnes, le droit d’exister de l’enfant : quand j’entendais tout à l’heure la façon dont ont été traités ces enfants par des médecins, qui ont prêté le serment d’Hippocrate, je me disais que cette notion de dignité devrait être restaurée très fortement, non seulement dans le milieu des juges et des policiers, mais aussi parmi les médecins.

[30](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa30)Je vous demande de condamner la France, non sur une base ridicule de droit, mais sur un seul argument, selon lequel le mineur accompagnant est enfermé au nom de l’intérêt des familles pour ne pas être séparé. C’est un très bon argument de dire qu’une famille ne doit jamais être séparée. Simplement, c’est la conclusion inverse qu’il faut en tirer. Une famille ne doit pas être séparée, et s’il y a un mineur étranger, il faut le laisser en liberté… et sa famille aussi. Toutes les alternatives qui existaient avant 2004 – on y laissait les enfants dehors – doivent continuer à exister.

[31](https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-6-page-43.htm#pa31)Si je suis là, c’est parce que, il y a trois, quatre ans, j’étais juge des libertés, et je voyais un homme turc d’une trentaine d’années qui avait eu le malheur d’être arrêté au moment où il emmenait son bébé chez le médecin. Il n’avait pas de papiers. Pour justifier de son identité, il avait simplement le carnet de santé de son bébé. On me demandait de prolonger sa rétention. Je ne voyais pas quel moyen trouver parmi les nullités invoquées pour le remettre en liberté, et tout d’un coup, la porte restant ouverte, je vois passer devant moi une femme avec son bébé. Quand on est juge, on n’en est pas moins homme. Cette femme, avec son bébé, jetait un retard angoissé vers la salle d’audience. Là, j’ai failli démissionner de mon métier, je ne voyais aucun moyen de l’en sortir – et de m’en sortir – pour remettre cette personne en liberté. À la fin, je l’ai remis en liberté en visant la Convention européenne des droits de l’Homme et le droit de vivre en famille. Je l’ai fait dans un moment d’aberration, parce que je ne pouvais pas faire autrement. Je m’aperçois des années plus tard, grâce à vous, que j’avais raison.