

Mineurs isolés étrangers : face à l'arbitraire et l'abus d'autorité – La responsabilité administrative, civile et pénale des départements.

par Jean-Luc Rongé

Le calme estival promis pour la mise en œuvre du protocole d'accord entre le gouvernement et l'Assemblée des départements de France (ADF)⁽¹⁾ a été rompu par la décision du président du Conseil général de la Mayenne, Jean Arthuis (UDI), ancien ministre de la République, de mettre «*fin à tout nouvel accueil de jeunes étrangers isolés par le service de l'aide sociale à l'enfance*» (reproduit en encadré). Si l'attitude du président du CG de la Mayenne a choqué, de par le caractère officiel de cet arrêté, au point de faire réagir les ministres de la Justice et de l'Intérieur le contraignant à le retirer en cours de procédure en référé⁽²⁾, cet acte est loin d'être isolé, quelques départements ayant d'ores et déjà décidé que le protocole du 31 mai ne les concernait pas, au nom de la libre administration des collectivités locales, garantie par la Constitution⁽³⁾. Pour ceux-ci, le compromis conclu entre l'État et les collectivités locales constitue une *res inter alios acta*⁽⁴⁾, position d'ailleurs confirmée par le Conseil d'État⁽⁵⁾.

Et la liste des départements ayant décidé de ne pas respecter risque de s'allonger⁽⁶⁾.

S'agissant d'une autorité publique, il ne s'agit pas d'un simple acte de désobéissance civile; ces refus font également suite à nombre de décisions semblables, initiées d'ailleurs par **Claude Bartolone**, président du Conseil général de Seine-Saint-Denis (93) en septembre 2011, de ne plus admettre l'accueil des MIE par ses services. Nul ne lui en a tenu grief, bien qu'il ait sciemment appelé ses services à violer la loi, contraignant l'Aide sociale à l'enfance d'admettre les enfants qui lui sont confiés par ordonnance du juge ou du parquet, voire de recueillir provisoirement des enfants en danger en cas d'urgence sans attendre le mandat judiciaire⁽⁷⁾.

On est désormais convaincu que l'accord conclu entre le CG 93 et le ministre de la justice en octobre 2011 a servi de détonateur aux actions de désobéissance et de modèle à ce qui est devenu le protocole du 31 mai dernier. Comme quoi, le crime peut payer... et même permettre à son auteur de devenir le quatrième personnage de l'État dans l'ordre protocolaire⁽⁸⁾.

Quelles sanctions ?

Lorsqu'on se trouve face à un refus aussi délibéré d'une autorité publique de ne pas exécuter les missions qui lui sont imparties par la loi, on s'interroge sur les moyens de la contraindre.

Qu'il s'agisse du président du Conseil général de la Mayenne qui délivre un arrêté annonçant clairement l'intention

(1) *Le Protocole du 31 mai 2013*, «Dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étrangers» signé par trois ministres et le président de l'ADF prévoit la répartition géographique des MIE entre les départements selon les données démographiques de la population des moins de 18 ans (reproduit dans JDJ n° 326, juin 2013, p. 17; dans le même numéro : J.-L. RONGÉ, «L'État et l'Assemblée des départements de France redessinent le parcours de protection des mineurs isolés étrangers», pp. 9-16).

(2) *Communiqué de presse conjoint de Christiane Taubira, ministre de la Justice et de Manuel Valls, ministre de l'Intérieur du mardi 6 Août 2013 annonçant que* «le préfet a demandé le retrait de cet acte illégal. À défaut, il sera déféré devant la juridiction administrative» (<http://www.interieur.gouv.fr/Presse/Les-communiqués/Accueil-des-mineurs-isoles-etrangeurs-en-Mayenne>). Le 7 août, Jean Arthuis annonçait qu'il allait retirer son arrêté (<http://www.courrierdesmaires.fr/20584/accueil-des-mineurs-isoles-etrangeurs-en-echo-au-signal-dalarme-de-jean-arthuis-les-conseils-generaux-reclament-une-enveloppe-financiere>). L'arrêté a été officiellement retiré le 22/08/2013, voy. note 12.

(3) *Constitution*, art. 72, al. 2 à 4 et 6 : «Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

(...)

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois».

(4) *Locution juridique latine signifiant que ce qui a été conclu entre certaines personnes ne nuit ni ne profite aux autres.*

(5) *CE*, 12 juin 2013, n°357468, reproduit en p. 57 : «La note de service du directeur de la Protection judiciaire de la jeunesse relative à la répartition des mineurs isolés étrangers arrivés en Seine-Saint-Denis "n'est entachée d'aucune incompétence (...) n'emporte par elle-même, eu égard à son objet, qui n'est pas de transférer de nouvelles compétences aux départements, aucune méconnaissance de l'article 72 de la Constitution (...).»

(6) *Plusieurs départements ont déjà fait savoir que le protocole ne les concernait pas ou qu'ils l'appliqueraient avec réticence* : Alpes-Maritimes (6), Bouches-du-Rhône (13), Lot (46), Pyrénées-Orientales (66), Rhône (69), outre ceux qui avaient d'ores et déjà décidé de ne plus accueillir, notamment le Maine-et-Loire (49) dont le président, Christophe Béchu (UMP) avait déjà déclaré sans ambiguïté qu'il avait décidé de ne pas exécuter les ordonnances confiant les MIE au service de l'Aide sociale à l'enfance.

(7) *Code civil*, art. 375, 375-3, 3° et 375-5; *Code de l'action sociale et des familles*, art. L.221-1, 3°, L.222-5, L.223-2, al. 2 et L.228-3.

(8) *Claude Bartolone a accédé au «perchoir» de l'Assemblée nationale le 26 juin 2012.*

ARRÊTÉ RELATIF À LA PRISE EN CHARGE

DES MINEURS ÉTRANGERS ISOLÉS -

24 JUILLET 2013 (N° 2013 DAJAD 004)

Conseil général de la Mayenne, direction des affaires juridiques, de l'assemblée et de la documentation

Le président du Conseil général,

Vu l'article L.3221-9 du Code général des collectivités territoriales;

Vu la circulaire du 31 mai 2013 (NOR: JUSFI314192C) relative aux modalités de prise en charge des jeunes étrangers isolés: dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation;

Considérant que depuis le 1^{er} juin 2013, le Département de la Mayenne a accueilli neuf jeunes étrangers isolés, après en avoir accueilli cinq depuis le début de l'année 2013;

Considérant que le Département de la Mayenne ne dispose que de deux maisons d'accueil d'une capacité de neuf places pour l'une et dix places pour l'autre, pour l'ensemble des mineurs qui lui sont confiés au titre de ses missions légales;

Considérant que les conditions de mise en œuvre des dispositions de la circulaire précitée ne permettent pas à ce jour d'endiguer et de réguler l'augmentation des prises en charge des jeunes étrangers isolés confiés au service de l'aide sociale à l'enfance en Mayenne;

Considérant en effet que l'évaluation de la minorité des jeunes étrangers est confiée aux Départements par ladite circulaire, mais doit en pratique être systématiquement complétée par des demandes d'expertise médicale;

Considérant que le temps de traitement des demandes d'expertise médicale est de l'ordre d'un à deux mois compte tenu du fait qu'elles ne peuvent être réalisées qu'à Angers, faute de moyens en Mayenne;

Considérant que les capacités d'accueil et de prise en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance sont ainsi saturées, du fait d'un stock de dossiers non comptabilisés pour la détermination des capacités d'accueil prévue par la circulaire du 31 mai 2013 et d'un flux d'arrivées sur le territoire mayennais très régulier;

Considérant que ce contexte compromet gravement la qualité de la prise en charge de l'ensemble des mineurs confiés au service de l'aide sociale à l'enfance;

Arrête

Article 1 : Il est mis fin à tout nouvel accueil de jeunes étrangers isolés par le service de l'aide sociale à l'enfance.

Article 2 : Le présent arrêté entrera en vigueur à compter de la date de son affichage à l'Hôtel du département.

Article 3 : Le Directeur général des services du Département est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Le Président, Jean Arthuis

N.B. : Cet arrêté a été retiré le 22 août 2013 alors que le recours en suspension du préfet de la Mayenne était soumis à l'examen du Conseil d'Etat (voy.note 12). Le président du CG a néanmoins annoncé qu'il allait contester toutes les décisions de placement devant la Cour d'appel

il sera déféré devant la juridiction administrative». C'est sans doute sur instruction du ministre de l'Intérieur que cette menace a été relayée dans le département, destinée à convaincre le président du CG à retirer de lui-même la décision litigieuse avant de subir l'affront d'une annulation ou d'une suspension.

Si, par référence au texte constitutionnel⁽⁹⁾, «*les communes, les départements et les régions s'administrent librement par des conseils élus*»⁽¹⁰⁾, les principes de la décentralisation leur imposent toutefois le respect de la loi, sous le regard des préfets, ceux-ci ayant «*la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois*»⁽¹¹⁾.

Cette forme de tutelle accordée au représentant de l'État dans le département s'exerce par le défèrement du contentieux au Tribunal administratif, par la voie de l'**action en annulation**, celle-ci pouvant être assortie d'une **procédure en référé-suspension** «*si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué*». Il est statué dans le délai d'un mois, voire dans les quarante-huit heures «*lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle*»⁽¹²⁾.

Si le recours à la procédure «*à 48 heures*» paraît difficilement praticable, s'agissant de l'exercice d'un droit à l'aide sociale, malgré l'état de dénuement dans lequel peuvent être laissés les MIE, l'action en référé-suspension accordée au préfet ne requiert pas le caractère d'urgence comme exigé à l'égard des personnes privées et morales⁽¹³⁾.

L'obligation du préfet de veiller à la légalité de l'acte par lequel le président du Conseil général dispense le service de l'aide sociale à l'enfance d'exécuter à l'égard d'enfants étrangers les obligations découlant du Code de l'action sociale et des familles ou d'une décision judiciaire dans le cadre de l'action éducative s'impose d'autant qu'en cette matière les règles rappellent l'**interdiction des discriminations**⁽¹⁴⁾.

de ne plus accueillir de MIE – jusqu'à ce qu'il décide de son retrait à la suite de menaces de faire agir la tutelle -, voire même de déclarations publiques annonciatrices de la même intention, telle celle du président du CG de Maine-et-Loire, dès lors qu'elles sont suivies d'effet, les sanctions sont de plusieurs ordres et ne se limitent pas à celles annoncées par le communiqué de Christiane Taubira et Manuel Valls.

1. Les recours administratifs

1.1. La «tutelle» exercée par les préfets

Le communiqué des ministres de la Justice et de l'Intérieur, réagissant à l'arrêté de Jean Arthuis, semble déclencher la

«*grosse artillerie*» : «*le préfet a demandé le retrait de cet acte illégal. À défaut,*

(9) Art. 72 de la Constitution, voy. note 3.

(10) Art. L111-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

(11) Art. 72, al. final de la Constitution, voy. note 3.

(12) Art. L3132-1 et LO6152-1 CGCT; ces dispositions prévoient l'intervention d'une procédure d'urgence lorsqu'un règlement porte atteinte à l'exercice d'une liberté publique ou individuelle, comme le droit d'aller et venir, le droit de propriété, pris pour des motifs liés à la sécurité ou la salubrité publique, par exemple les arrêtés de couvre-feu applicables aux mineurs (CE, 9 juillet 2001, Ville d'Orléans; 27 juillet 2001, Ville d'Etampes). Concernant l'arrêté du président du CG de la Mayenne, le préfet avait introduit un recours devant le Tribunal administratif qui a rejeté, le 19/08/2013, sa demande tendant à la suspension de l'exécution de l'arrêté du 24 juillet 2013. En appel devant le Conseil d'Etat, la juridiction a constaté que l'arrêté avait été retiré le 22 août et déclaré le non lieu (CE, 23 août 2013, n° 371432).

(13) Art. L521-1 du Code de la justice administrative, voy. infra en note 15.

(14) Art. L1111-5, al. Final CGCT : «*Lorsqu'ils attribuent des aides sociales à caractère individuel, en espèces ou en nature, ou un avantage tarifaire dans l'accès à un service public, les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les groupements de collectivités et les organismes chargés de la gestion d'un service public veillent à ce que les conditions d'attribution de ces aides et avantages n'entraînent pas de discrimination à l'égard de personnes placées dans la même situation, eu égard à l'objet de l'aide ou de l'avantage, et ayant les mêmes ressources rapportées à la composition du foyer*».

1.2. Les recours contentieux individuels

Le recours au contentieux contre l'acte litigieux peut être introduit directement par les personnes qui sont lésées par son exécution. Toute personne physique ou morale visée par le texte (notamment les associations ayant pour objet de défendre des droits atteints par la règlement litigieux) peut introduire un recours au Tribunal administratif, tant par la voie du référé-suspension que du référé-liberté⁽¹⁵⁾.

Bien que difficilement praticable, car le Conseil d'État entretient une interprétation restrictive de la notion de «*liberté fondamentale*», cette procédure permettant d'obtenir une décision dans les 48 heures peut toutefois être tentée lorsque la décision litigieuse a pour conséquence de laisser une personne vulnérable dans le plus extrême dénuement⁽¹⁶⁾.

S'agissant des mineurs isolés étrangers, ce droit de recours individuel est bien illusoire, dans la mesure où leur état de minorité les rend incapables d'agir au contentieux selon une jurisprudence bien établie du Conseil d'État⁽¹⁷⁾.

Les personnes peuvent également, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'État dans le département de mettre en oeuvre la procédure décrite ci-dessus⁽¹⁸⁾.

2. La voie pénale

Si le communiqué des deux ministres recelait une certaine fermeté, voire une volonté d'en découdre, rappelant au passage que «*le département exerce une compétence obligatoire dans le domaine de la protection de l'enfance, définie par les articles L 112-3, L. 221-1, L. 222-5 et 228-3 du code de l'action sociale et des familles, qu'il ne peut refuser d'exercer. De plus, il revient au département d'appliquer la décision de l'autorité judiciaire lui confiant ces mineurs*», il n'annonce cependant qu'une réaction de la tutelle administrative, sans étendre la menace aux sanctions pénales.

2.1. L'abus d'autorité

L'ancien délit de «*coalition de fonctionnaire*» est désormais envisagé sous le vocable «*d'abus d'autorité*»; il demeure toujours sanctionné par l'**article 432-1 du Code pénal** : «*Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, agissant dans l'exercice de ses fonctions, de prendre des mesures destinées à faire échec à l'exécution de la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende*». Selon l'article 432-2, «*L'infraction prévue à l'article 432-1 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende si elle a été suivie d'effet*».

L'exercice des poursuites nécessite plusieurs conditions :

- l'acte doit être **de nature à empêcher l'exécution de la loi**; il ne suffit donc pas que l'acte soit illégal - sans quoi les tribunaux correctionnels seraient encombrés -, il doit avoir pour effet de paralyser l'exécution de la loi⁽¹⁹⁾, ce qui est le cas de l'arrêté du CG de Maine-et-Loire;
- l'exécution d'une loi s'entend également par le **respect des décisions judiciaires** qui s'imposent à l'autorité chargée de leur mise en exécution; tel est le cas des mesures prises dans le cadre de l'action éducative, qu'il s'agisse des décisions du juge des enfants (jugement, ordonnance de placement provisoire) ou du parquet (ordonnance de placement provisoire)⁽²⁰⁾;
- **l'abstention doit être délibérée**, des mesures positives doivent être prises pour faire échec à l'application de la

loi⁽²¹⁾; en ce sens la publication d'un arrêté du président du Conseil général constitue un tel acte; la déclaration publique d'un président de CG doit pouvoir être retenue, en tout cas si elle est suivie d'effet, ce qui a pour conséquence d'aggraver la peine.

Les poursuites peuvent être exercées par le ministère public, également par les personnes lésées ou les associations défendant les intérêts visés par la loi dont l'exécution est mise en échec⁽²²⁾.

S'agissant d'un mineur isolé étranger, si la plainte adressée au parquet peut être considérée comme recevable, par contre la constitution de partie civile rencontrera l'obstacle de son incapacité d'agir en justice. En ce cas, la solution juridique destinée à contourner l'irrecevabilité de l'action se heurte à l'absence de représentants légaux sur le territoire.

La désignation d'un administrateur *ad hoc* ne peut avoir lieu que dans le cas où «*les intérêts d'un mineur apparaissent*

(15) Art. L521-1 du Code de la justice administrative : «*Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision*».

Art. L521-2 du même code : «*Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures*».

(16) «*Il appartient aux autorités de l'État de mettre en œuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique et sociale. Une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche peut faire apparaître une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée*» (CE, référé, 10 février 2012, n° 356456, comm. J.-L. RONGÉ, JDJ n° 314, avril 2012, pp. 58 et s.).

(17) «*Considérant qu'un mineur non émancipé ne dispose pas, en principe, de la capacité pour agir en justice; qu'une demande qui n'est pas introduite par une personne habilitée à le représenter est, par suite, irrecevable*» (CE, référé, 30 décembre 2011, n° 350458, comm. J.-P. ALLAUX, S. SLAMA, «*Le Conseil d'État se moque des mineurs isolés...*», JDJ n° 312, février 2012, pp. 55 et s.). Cette position du Conseil d'État est contraire au droit de recours individuel garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art. 13), s'agissant du droit protégé par la même convention de ne pas être «*soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants*» (art. 3). Dans un arrêt, la Cour européenne des droits de l'Homme a conclu «*(...) que les omissions des autorités à le prendre en charge, en tant que mineur non accompagné après sa remise en liberté, équivalent à un traitement dégradant, contraire à l'article 3*» (CEDH, 1^{ère} Sect. 5 avril 2011, Rahmi c. Grèce, Req. n° 8687/08, JDJ, n° 305, mai 2011, p. 50).

La Cour conclut que, tant les conditions de détention auxquelles le requérant a été soumis au sein du centre de Pagani que les omissions des autorités à le prendre en charge, en tant que mineur non accompagné après sa remise en liberté, équivalent à un traitement dégradant, contraire à l'article 3.

(18) Art. L3132-2 CGCT : «*Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 3131-2 [parmi lesquels au 3° : «*des actes à caractère réglementaire pris par les autorités départementales dans tous les autres domaines qui relèvent de leur compétence en application de la loi*»] et L. 3131-4, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'État dans le département de mettre en œuvre la procédure prévue à l'article L. 3132-1*».

(19) «*Ainsi en est-il du maire qui a donné l'ordre aux policiers municipaux, placés sous son autorité, de ne pas aviser l'officier de police judiciaire de la police nationale compétent des agissements commis par une personne en infraction au Code de la route*» (Cass. crim., 5 février 2013, n° 12-80081).

(20) Voy. les articles cités en note 7. Dès qu'il est désigné par le juge ou le procureur, le service départemental est informé de l'ordonnance exécutoire et devenant partie à la procédure dispose du droit d'appel de la décision (art. 1190 et 1191 du Code de procédure civile).

(21) L'«*inertie ne peut être assimilée aux mesures positives d'abus d'autorité sanctionnées par la loi*» (Cass. crim., 19 février 2003, n° 02-84058).

(22) Cass. crim., 16 octobre 1997, n° 96-84370 : c'est à tort que les juges ont considéré que les dispositions du Code pénal traitant de l'abus d'autorité «*n'autorisent pas une personne privée, fût-ce un syndicat, à engager l'action civile et à mettre en mouvement l'action publique, dont l'exercice est réservé, en pareille hypothèse, au ministère public, s'agissant manifestement de la seule défense des intérêts de l'État (...); une infraction aux intérêts généraux de la société pouvant également porter atteinte à l'intérêt collectif des professions que les syndicats représentent*».

en opposition avec ceux de ses représentants légaux»⁽²³⁾, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En principe, cette situation devrait conduire à l'ouverture de la tutelle⁽²⁴⁾... procédure difficile à tenter et souvent vouée à l'échec⁽²⁵⁾.

2.2. Le délit de discrimination

À chaque fois, les chefs des départements se sont clairement exprimés, non sur leur refus d'accueil d'enfants au service de l'ASE, mais d'enfants «étrangers».

Déjà caractérisé par la violation de la disposition garantissant aux citoyens que les conditions d'attribution des aides sociales «n'entraînent pas de discrimination à l'égard de personnes placées dans la même situation»⁽²⁶⁾, le délit de discrimination est manifeste par le refus d'accorder le bénéfice d'un droit prévu par la loi à un enfant en raison de sa nationalité visée par la décision litigieuse ou la déclaration publique⁽²⁷⁾.

La peine est d'autant plus sévère lorsque le délit de discrimination est commis par une autorité publique : «La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° À refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi; (...))»⁽²⁸⁾.

2.3. Le délaissement de personnes vulnérables

Dès lors que l'intention manifestée de ne plus prendre en charge les enfants qui lui sont confiés par l'autorité judiciaire est suivie d'effet, le service de l'aide sociale à l'enfance s'expose aux poursuites pour délaissement de personne vulnérable : «le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende»⁽²⁹⁾.

Le délit de délaissement est généralement défini comme «le fait d'abandonner une personne qui se trouve dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins et qui ne peut compter sur un tiers pour en prendre charge»⁽³⁰⁾.

«Le délit de délaissement suppose un acte positif, exprimant de la part de son auteur la volonté d'abandonner définitivement la victime»⁽³¹⁾.

S'il est certain que l'abandon d'enfants d'ores et déjà pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance est sans aucun doute

constitutif du délit, l'on peut s'interroger sur la constitution de l'infraction lorsque le service départemental refuse de mettre en œuvre l'ordonnance lui confiant un enfant, sans qu'il y ait eu de début d'exécution.

Dans ce second cas de figure, on devra bien constater que l'autorité judiciaire (juge des enfants ou parquet dans le cas où il délivre une ordonnance de placement provisoire), lorsqu'elle prend la décision de confier un enfant au service de l'ASE⁽³²⁾, lui transfère «la mission de contrôler et d'organiser à titre permanent son mode de vie»⁽³³⁾.

«La décision du juge des enfants confiant à une personne physique ou morale la garde d'un mineur en danger, par application des articles 375 et suivants du Code civil, transfère au gardien la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler le mode de vie du mineur et donc la responsabilité de ses actes, celle-ci n'étant pas fondée sur l'autorité parentale mais sur la garde»⁽³⁴⁾.

Cette «automaticité» du transfert de «la garde» de l'enfant, engageant la res-

ponsabilité civile à l'égard des tiers du service ou de l'établissement auquel il a été confié doit également s'entendre de sa responsabilité – civile et pénale – quant aux modalités de prise en charge de l'enfant.

Dès lors que le service renonce à l'exécution d'une mesure d'assistance éducative, il s'expose non seulement à la réparation du dommage qu'aurait à subir l'enfant du fait de cette inaction, mais engage également sa responsabilité pénale à l'égard de l'abandon d'une personne vulnérable.

Ces cas ne sont pas rares, ils ont déjà été exposés dans cette revue⁽³⁵⁾. Pour que l'infraction soit établie, point n'est besoin d'un arrêté d'un président du CG ou de sa déclaration publique; il suffit que le fait dommageable soit établi par l'inaction délibérée du service auquel l'enfant a été confié, celle-ci étant notamment établie par l'absence de suite donnée à un rappel de l'existence de l'ordonnance mettant en demeure de l'exécuter.

(23) Art. 388-2 du Code civil.

(24) Art. 390 du Code civil : «La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale»; art. 373 CC : «Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause»; art. 373-5 CC : «S'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 ci-dessous».

(25) Dans le cas où les parents sont absents ou ne sont pas en mesure d'exprimer leur volonté, la procédure conduisant à l'administration légale sous contrôle judiciaire peut s'ouvrir sur requête du ministère public ou d'office par le juge (art. 391 CC). S'agissant d'un enfant étranger dont la prise en charge n'est pas encore assurée dans le cadre du dispositif de protection de l'enfance, l'engagement de cette procédure risque de rencontrer la mauvaise volonté des autorités judiciaires chargées de l'intenter.

(26) Art. L1111-5, al. Final CGCT, voy. note 14.

(27) Art. 225-1 du Code pénal : «Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée».

(28) Art. 432-7 du Code pénal. Revêt un caractère discriminatoire la délibération d'un conseil municipal sur la résolution de suspension, pour deux écoles communales, de toute fourniture à l'exception du chauffage, en raison de «l'état d'immigration de la cité» (CA Paris, 19 février 1997, membres du conseil municipal de la commune de Montfermeil, confirmé par Cass. crim. 11 mai 1999, n° 97-81.653).

(29) Art. 223-3 du Code pénal.

(30) B. BOULOC, J. FRANCILLON, Y. MAYAUD et G. ROUJOU de BOUBÉE, Code pénal commenté article par article, Dalloz, 1996, p. 280, art. 348, n° 19 et 20.

(31) Cass. crim. 13 nov. 2007, n° 07-83621, Bull. crim. n° 273, et 9 octobre 2012, n° 12-80412. Dans un arrêt du 23 février 2000 (n° 99-82817, Bull. crim. 2000, n° 84 p. 245); la même chambre de la Cour, reproduisant la même définition, cassait un arrêt de la Cour d'appel de Bastia au motif que «les faits retenus à la charge des demandeurs n'entraient pas dans les prévisions de l'article 223-3 du Code pénal», s'agissant d'une mère qui n'était pas présente pour récupérer ses enfants (11, 14 et 15 ans) à l'arrivée du bateau, ceux-ci ayant été pris en charge par la police puis provisoirement placés.

(32) Art. 375-3, 3° du Code civil.

(33) CAA Douai 8 juillet 2003 et du 17 mars 2005 : JCP, Res. civ. et ass., juillet-août 2004, note C. GUETTIER; Cour d'appel de Rouen 25 sept. 1991, D. 1993, J.P., p. 6, note Ch. PIGACHE.

(34) Cass. crim., 10 octobre 1996, n° 95-84186; Bull. crim. 1996, n° 357, p. 1054; dans le même sens : Cass. civ. 2, 6 juin 2002, n° 00-18286, 00-19694 et 00-19922, Bull. civ. 2002, II, N° 120, p. 96; JDJ n° 219, nov. 2002, p. 62; JCP G, n° 18, 30 avril 2003, II, 10068, note A. GOUTTENNOIRE et N. ROGET; D. 2002, JP, p. 2750, comm. M. Huyette.

(35) Voy. not. Tribunal pour enfants de Bobigny, jugement, 31 mai 2013, n° 113/0118, comm. J.-L. RONGÉ (JDJ n° 326, juin 2013, pp. 56 et s.), s'agissant de la constatation par le juge des enfants de l'inexécution de l'ordonnance du parquet confiant provisoirement un mineur au service départemental de l'Essonne.