

Paris, le 25 juin 2021

Avis du Défenseur des droits n°21-08

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionnée par les rapporteuses de la commission des affaires sociales de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi relatif à la protection des enfants,

Emet l'avis ci-joint.

La Défenseure des droits,

Claire HÉDON

Table des matières

I.	Les apports du projet de loi	3
1.	La protection maternelle et infantile (PMI)	3
2.	La sécurité des enfants confiés	4
3.	L'inscription de la lutte contre la maltraitance et les violences au sein des établissements et leur contrôle	4
4.	La réglementation des établissements	5
5.	Les enfants devant le juge	5
6.	L'harmonisation de l'évaluation des informations préoccupantes.....	6
7.	La valorisation du métier d'assistant familial.....	7
II.	Un texte qui suscite de nombreuses réserves de la Défenseure des droits	8
1.	La gouvernance de la protection de l'enfance	8
2.	L'accueil familial ou par un tiers digne de confiance	9
3.	L'autorité parentale.....	9
4.	Un meilleur contrôle des dispositifs créés pour les mineurs non accompagnés en phase d'évaluation.....	10
5.	La clé de répartition des MNA.....	11
III.	Un texte dont plusieurs dispositions inquiètent particulièrement la Défenseure des droits 12	
1.	L'accueil hôtelier des enfants protégés.....	12
2.	Les mineurs non accompagnés : moins protégés, plus contrôlés.....	12
IV.	Un texte qui souffre d'oublis majeurs	14
1.	Le projet pour l'enfant (PPE)	15
2.	La prise en compte de la parole de l'enfant.....	15
3.	L'accompagnement des jeunes majeurs	15
4.	Le respect des droits des enfants de nationalité étrangère.....	15
5.	Les enfants enfermés dans les centres de rétention administrative ou les zones d'attente....	16

La Défenseure des droits tient à saluer le dialogue avec les acteurs de la protection de l'enfance, initié par le secrétaire d'Etat auprès du ministre des Solidarités et de la Santé, chargé de l'Enfance et des Familles. Un tel dialogue – aussi riche soit-il – ne peut toutefois pas remplacer une analyse approfondie des difficultés rencontrées, des obstacles à lever et des procédures à modifier.

Or, les délais très serrés dans lesquels ce texte est présenté ne permettent pas cette analyse, ce qui est regrettable, comme l'est le choix qui a été fait d'un passage en procédure accélérée, alors même qu'aucun caractère d'urgence ne le justifie. Ce temps très resserré ne peut que nuire à un débat démocratique d'ampleur pourtant essentiel sur cette question.

La Défenseure des droits regrette en particulier qu'avant le travail législatif enclenché par le Gouvernement, il n'y ait pas eu de véritable bilan d'analyse qualitative de l'application de la loi du 5 mars 2016. Pourtant, les situations dont nous sommes saisis montrent que les difficultés rencontrées en protection de l'enfance résident moins dans des lacunes de la loi que dans son application sur le terrain par les différents acteurs.

Si ce projet de loi contient, sur certains points, quelques avancées, il n'est, selon la Défenseure des droits, pas à la hauteur des besoins que l'on note en protection de l'enfance, ni des attentes du terrain et des ambitions affichées lors du lancement de la stratégie nationale de protection de l'enfance.

I. Les apports du projet de loi

1. La protection maternelle et infantile (PMI)

La Défenseure des droits salue les dispositions du texte relatives à la PMI qui témoignent d'une prise de conscience du Gouvernement sur l'état général de la PMI en France et le danger qui la guette. Elle rejoint les préconisations du rapport de mars 2019 de la députée Michèle Peyron. La Défenseure des droits appelle cependant l'ensemble des acteurs, et notamment les départements, à se mobiliser davantage sur cette question d'une particulière importance depuis des années, mais qui risque de devenir plus centrale encore à la suite de la crise que nous traversons et de l'augmentation de la pauvreté et de la précarité des familles qui en sont la conséquence. Elle rappelle que le rapport précité préconise de nombreuses pistes d'amélioration qu'il est essentiel de mettre en œuvre.

Le texte du projet de loi prévoit un remboursement de tous les examens pratiqués par tous les professionnels de santé de PMI. Cette meilleure couverture par l'assurance maladie ne peut qu'être saluée dans la mesure où elle permettra que les actes des infirmières puéricultrices soient remboursés, y compris lorsqu'elles exercent leurs missions en dehors d'une consultation - à l'école par exemple (modification de l'article L.2112-7 du code de la santé publique).

Le texte prévoit en outre l'intervention de l'Etat (ministère de la Santé) en fixant des priorités pluriannuelles d'action en matière de PMI en concertation avec les départements, par voie réglementaire, qui seront déclinées sur une base territoriale visant à garantir un niveau minimal de réponse aux besoins. **La Défenseure des droits rappelle que le rapport de la députée Michèle Peyron recommandait d'aller plus loin, en fixant des objectifs solides et des normes minimales opposables aux départements par voie réglementaire. La Défenseure des droits tient à rappeler que l'Etat doit être garant de ces objectifs.**

2. La sécurité des enfants confiés

L'article 4 du projet de loi prévoit un meilleur contrôle des personnels amenés à intervenir au sein des établissements, y compris à titre bénévole.

La Défenseure des droits rappelle que le rapport de l'institution de novembre 2019 avait recommandé que « soit engagée une réforme législative afin de rendre obligatoire la consultation du bulletin n° 2 du casier judiciaire national et du Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJASV) préalablement à tout recrutement de professionnels ou de bénévoles devant intervenir auprès de mineurs¹ ».

Si la Défenseure des droits ne peut que saluer cette extension du contrôle des antécédents des personnes qui interviennent auprès de l'enfance protégée, elle rappelle cependant que l'article 706-47-4.-I. du code de procédure pénale fait obligation au procureur de la République d'informer « *par écrit l'administration d'une condamnation, même non définitive, pour une ou plusieurs des infractions mentionnées au II du présent article, prononcée à l'encontre d'une personne dont il a été établi au cours de l'enquête ou de l'instruction qu'elle exerce une activité professionnelle ou sociale impliquant un contact habituel avec des mineurs et dont l'exercice est contrôlé, directement ou indirectement, par l'administration* », ce qui concerne bien les établissements accueillant des mineurs au titre de la protection de l'enfance.

A l'instar du Conseil d'Etat, **la Défenseure des droits appelle à préciser les dispositions de l'article L 133-6 du code de l'action sociale et des familles (CASF), relatives en particulier aux établissements, services et lieux qui accueillent des mineurs. Ces dispositions doivent s'appliquer y compris aux établissements hôteliers et à leurs personnels, puisque le Gouvernement a fait le choix de ne pas interdire ce type d'accueil** (voir infra).

3. L'inscription de la lutte contre la maltraitance et les violences au sein des établissements et leur contrôle

La Défenseure des droits rappelle sa précédente recommandation selon laquelle il est plus que souhaitable d'inscrire enfin, dans le CASF et le code de l'éducation, l'interdiction de toutes formes de violences éducatives, physiques ou psychologiques, châtiments corporels ou traitements humiliants à l'égard des enfants à l'instar de ce que prévoit désormais le code civil pour les titulaires de l'autorité parentale².

La Défenseure des droits renvoie les membres de la commission à ses travaux précédents, notamment son rapport de 2019³, et sa décision relative aux séjours de rupture à l'étranger⁴.

Dans cette décision, **le Défenseur des droits recommandait notamment « aux conseils départementaux qui ont habilité une structure, et en sont donc les autorités de contrôle, de s'assurer de la diffusion de l'information relative au retrait d'habilitation sans délai auprès des conseils départementaux qui auraient recours à cette structure au moment du retrait » et de « s'assurer de la fermeture effective de la structure, de la fin de prise en charge des enfants par cette dernière ».**

¹ Rapport du Défenseur des droits « enfance et violence : la part des institutions publiques » novembre 2019 (<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiquede-presse/2019/11/violences-au-sein-des-institutions-publiques-les-droits-de-lenfant-et>)

² Art. 371- alinéa 3 du code civil : « L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques ».

³ Rapport 2019 op cit.

⁴ Décision 2019-117 du 17 juillet 2019.

La Défenseure des droits rappelle en outre que cette décision **recommandait au ministère de la Justice et au ministère des Solidarités et de la Santé, « de réglementer les séjours de rupture à l'étranger dans les plus brefs délais**. La préparation au séjour, les procédures de déclaration auprès des autorités consulaires et des pays d'accueil, les contrôles sur place, et le suivi après le retour de l'enfant sont des points qui devraient y être intégrés. Dans ce cadre, la procédure de déclaration des enfants auprès des autorités du pays d'accueil et des autorités consulaires françaises par la structure d'accueil doit être une obligation inconditionnelle figurant au cahier des charges de ces organismes afin de permettre aux autorités consulaires d'exercer pleinement leur mission de protection des ressortissants français à l'étranger⁵ ».

La Défenseure des droits regrette que rien ne soit prévu dans le sens de ces précédentes recommandations pour renforcer les contrôles des établissements et services à l'étranger et systématiser la transmission d'informations entre départements sur les lieux d'accueil en France des mineurs protégés, notamment lorsque des difficultés ont été relevées⁶.

4. La réglementation des établissements

La Défenseure des droits prend acte de l'avis du Conseil d'Etat relatif à la disposition auparavant prévue par le Gouvernement visant à modifier le II de l'article L 312-1 du CASF, pour permettre, par décret, de fixer les conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement applicables aux établissements relevant de la protection de l'enfance (taux d'encadrement des jeunes accueillis par les professionnels et diplôme des encadrants).

En conséquence, **la Défenseure des droits appelle le Gouvernement à publier un décret aussi rapidement que possible et rappelle que ces dispositions doivent s'appliquer aux mineurs quelle que soit leur situation, accueillis provisoirement ou confiés par l'autorité judiciaire.**

Par ailleurs dans son rapport de 2019, **le Défenseur des droits avait recommandé à l'État, avec la collaboration des pouvoirs publics locaux, « d'élaborer une base de données des établissements et services sociaux et médicosociaux destinés aux enfants, précisant les publics pris en charge, les moyens mis à disposition, les capacités d'accueil, ainsi que la procédure à suivre pour une prise de contact. Il recommandait à l'État de garantir la mise à jour régulière de la base de données ainsi que son accessibilité à tous les professionnels du secteur social et médico-social. »**

5. Les enfants devant le juge

Le projet de loi insère dans le code de l'organisation judiciaire un nouvel article ainsi rédigé : « En matière d'assistance éducative, si la particulière complexité d'une affaire le justifie, le juge des enfants peut ordonner son renvoi à la formation collégiale du tribunal judiciaire qui statue comme juge des enfants. La formation collégiale est présidée par le juge des enfants saisi de l'affaire ».

La Défenseure des droits approuve cette disposition dans la mesure où elle ne peut que contribuer à une meilleure appréhension de la situation des enfants et des complexités familiales par l'autorité judiciaire. **Elle indique cependant qu'il conviendrait de préciser que ce renvoi est possible « à tout moment de la procédure ».** Elle invite en outre le ministère de la Justice à renforcer l'ensemble des moyens à la disposition des juridictions pour mineurs, au risque sinon de rendre cette disposition ineffective.

⁵ Décision 2019-117, op. cit.

⁶ Voir décision 2021-045 du 25 février 2021.

La modification prévue à l'article 8 du projet de loi va aussi dans le sens de ce que préconise la Défenseure des droits. Elle souhaite toutefois profiter de cette occasion pour rappeler que dans toute décision qui les concernent, l'intérêt des enfants doit être une considération primordiale et que les enfants doivent pouvoir être entendus lorsqu'un tel changement dans leur quotidien est envisagé. Ils doivent l'être par les services mais aussi par le juge, en particulier lorsqu'ils contestent le choix qui est fait pour eux, dans le strict respect des articles 3-1 et 12 de la CIDE.

Cette modification suscite d'autres questions, notamment dans les situations où le lieu d'accueil et le service gardien sont en désaccord sur le changement de lieu d'accueil de l'enfant⁷. De telles situations entraînent nécessairement des tensions entre les adultes, qui peuvent générer de fortes angoisses et des répercussions importantes chez l'enfant. Si le juge des enfants n'est pas un arbitre des conflits entre services, il doit nécessairement être informé de tels désaccords de façon suffisamment anticipée afin de pouvoir programmer une audience, s'il l'estime judicieux.

La Défenseure des droits renvoie la Commission à sa décision n° 2020-148 du 16 juillet 2020 relative aux enfants suivis en assistance éducative, qui préconisait, à l'attention du Garde des Sceaux, un certain nombre de mesures à prendre pour veiller à ce que l'ensemble des droits des enfants soient assurés devant le juge (voir supra). La Défenseure des droits déplore à cet égard l'absence de réponse du Garde des Sceaux à cette décision.

Ainsi, le Défenseur des droits avait recommandé dans ses différents travaux, des réformes législatives pour la prise en compte de la parole de l'enfant et pour un meilleur accompagnement de l'enfant dans l'exercice de ses droits dans le cadre d'une instance judiciaire.

Au-delà, ce projet de loi aurait dû être l'occasion d'interroger l'opportunité de la désignation systématique d'un avocat pour l'enfant en assistance éducative. Cette question mérite d'être posée et débattue, à l'heure où l'assemblée générale du Conseil national des barreaux a demandé au Garde des Sceaux, dans une résolution du 4 juin 2021, de créer une nouvelle mention de spécialisation « Droit des enfants » pour les avocats.

Dans tous les cas, ce projet de loi devrait être l'occasion de prévoir la possibilité pour le juge des enfants de désigner d'office un avocat pour un mineur, même non discernant.

L'avocat permet en effet à l'enfant de connaître ses droits et de les exercer. Il peut identifier des difficultés auxquelles le mineur peut être confronté dans son suivi éducatif, sa famille, d'en alerter le juge des enfants et l'ensemble des professionnels qui accompagnent l'enfant. En pratique, certains juges des enfants recourent déjà à l'article 388-2 du code civil et désignent, sur le fondement de ce texte général, un administrateur *ad hoc* qui peut lui-même choisir ou faire désigner un avocat afin d'assurer la défense des intérêts du mineur.

6. L'harmonisation de l'évaluation des informations préoccupantes

Dans son rapport d'analyse des interventions socio-éducatives, judiciaires et policières dans la situation de KJ, du 4 juin 2019⁸, le Défenseur des droits avait rappelé l'importance de mobiliser les acteurs de la protection de l'enfance, sous l'impulsion du Conseil national de la protection de l'enfance

⁷ Voir décision du Défenseur des droits n° 2021-045, op. cit.

⁸ « Situation de KJ : Rapport d'analyse des interventions socio-éducatives, judiciaires et policières entre 1998 et 2005 », du 4 juin 2019 (<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/06/situation-de-kj-rapport-danalyse-des-interventions-socio-educatives-judiciaires-et>)

et de l'Observatoire national de la protection de l'enfance, autour de l'élaboration d'un référentiel national d'évaluation des situations de danger ou de risque de danger des enfants.

Aussi, bien que consciente des difficultés que cela pourrait représenter pour les départements qui ont fait le choix d'utiliser un référentiel similaire depuis plusieurs années (moyennant des frais notables), la Défenseure des droits approuve la modification prévue par l'article 6 du projet de loi, qui renvoie au référentiel de la Haute autorité de santé (HAS). L'harmonisation des évaluations sur l'ensemble du territoire fait partie des recommandations de l'institution depuis plusieurs années. **La Défenseure des droits suggère par ailleurs que le référentiel HAS soit utilisé dans les école de formation de travailleurs sociaux afin de développer, en formation initiale, une culture commune de l'évaluation en protection de l'enfance pour ces derniers.**

7. La valorisation du métier d'assistant familial

L'institution constate depuis plusieurs années une difficulté pour les départements à faire face aux nombreux départs en retraite des assistants familiaux et au recrutement de nouvelles familles d'accueil. Cette désaffection du métier d'assistant familial trouve sans doute son explication dans le statut plutôt précaire de cette fonction, qui demande en revanche un investissement personnel important, mais dont la rémunération varie au gré des enfants qui sont ou non confiés par les conseils départementaux.

La Défenseure des droits salue ainsi la volonté du législateur de renforcer le statut des assistants familiaux, en sécurisant notamment leurs modalités de rémunération et en assurant une certaine pérennité de leurs revenus.

La Défenseure des droits est en outre favorable, sous réserve du décret d'application et de l'avis de la CNIL, à la création d'une base nationale visant à recenser les agréments délivrés, ainsi que les informations relatives aux suspensions et retraits de ceux-ci, afin notamment que les employeurs puissent s'assurer de la validité des agréments lors du recrutement d'assistants familiaux en cas de changement de département par ces derniers. Elle tient cependant à alerter les pouvoirs publics sur la nécessité de mettre en place les moyens suffisants pour tenir, mettre à jour et gérer cette base de données.

La Défenseure des droits salue également la disposition permettant aux assistants familiaux de prolonger leur activité dans la limite de trois ans après avoir atteint l'âge légal de départ à la retraite dans la fonction publique. Elle ne peut en effet que se réjouir de toutes les dispositions ayant pour but de restreindre les ruptures dans le parcours des enfants protégés. **Elle tient à rappeler l'importance pour les services de s'interroger sur l'âge de l'enfant par rapport à l'âge de l'assistant familial au moment où l'enfant va lui être confié.**

La Défenseure des droits souhaite profiter de l'examen du présent projet de loi pour rappeler l'importance du travail autour de l'élaboration du projet pour l'enfant qui constitue un support adapté pour s'assurer de la prise en compte de cet aspect de son accueil. Elle ne peut à cet égard que déplorer que 14 ans après la loi du 5 mars 2007, le projet pour l'enfant ne soit toujours pas mis en œuvre dans certains départements ou que dans d'autres il ne le soit que partiellement ou uniquement pour certaines mesures.

S'il est indispensable de revaloriser des conditions matérielles d'exercice du métier d'assistant familial, il est aussi nécessaire de prendre soin de ces professionnels dans leurs activités au quotidien, de les inclure dans les équipes, de les accompagner dans leurs pratiques professionnelles et de prendre en compte leurs observations éducatives sur les enfants qui leur sont confiés. La Défenseure des droits,

qui souhaite saluer le remarquable engagement des familles d'accueil, rappelle que les assistants familiaux sont les premiers éducateurs des enfants qui leur sont confiés. Cette activité professionnelle qui réclame un investissement lourd de la part des assistants familiaux mais aussi de leurs familles nécessite un accompagnement étroit de la part des services mais aussi une reconnaissance effective de la qualité de leur travail.

La Défenseure des droits souhaite rappeler enfin l'importance d'apporter aux assistants familiaux une formation, initiale et continue, à la prise en charge des enfants en situation de handicap. La Défenseure des droits renvoie la commission au rapport de l'institution de 2015 consacré aux droits de l'enfant « Handicap et protection de l'enfance : des droits pour des enfants invisibles ».

II. Un texte qui suscite de nombreuses réserves de la Défenseure des droits

1. La gouvernance de la protection de l'enfance

La Défenseure des droits tient à rappeler à quel point les attentes du terrain en matière de gouvernance sont pressantes.

Dans sa décision relative aux enfants suivis en assistance éducative⁹, le précédent Défenseur des droits avait recommandé au Garde des Sceaux « d'œuvrer de concert avec le secrétaire d'Etat à la protection de l'enfance pour améliorer la concertation et la coordination sur le terrain entre les tribunaux pour enfants et les services de l'aide sociale à l'enfance dans l'intérêt supérieur des enfants, notamment en créant des instances de réflexion et de coordination permettant des échanges réguliers, fluides et constructifs relatifs au fonctionnement, aux difficultés rencontrées, ou encore aux choix à opérer à l'égard des mineurs confiés, dans le respect des compétences et responsabilités de chacun des acteurs ».

Les ruptures dans les parcours de santé, de protection, d'éducation, du fait des organisations en silos des institutions, sont une réalité, maintes fois dénoncée par l'institution dans ses travaux, car elles conduisent à la fois à des violences institutionnelles faites aux enfants, en les éloignant de leur protection et de leur droit, et à une perte de sens pour les professionnels.

Si ces réalités étaient présentes avant la crise sanitaire, cette dernière, en accentuant la précarité, le mal-logement et les risques de tension dans les familles, pourrait accroître le nombre d'enfants en danger, ce qui rend d'autant plus urgente une réponse concrète et transversale aux besoins des enfants, mais aussi des professionnels du terrain.

Or le projet de loi ne peut que laisser perplexe quant à la simplification de l'architecture proposée et à son opérationnalité sur les territoires. La Défenseure des droits rejoint le Conseil d'Etat qui souligne dans son avis, que « les objectifs poursuivis ne pourront pas être pleinement atteints par cette réforme organisationnelle ».

⁹ Décision 2020-148 du 16 juillet 2020.

2. L'accueil familial ou par un tiers digne de confiance

La Défenseure des droits est réservée sur la modification de l'article 375-3 du code civil, qui empêche le juge des enfants d'ordonner un placement si le service compétent n'a pas évalué la possibilité d'un accueil en famille ou par un tiers digne de confiance.

A cet égard, dans une décision de 2014¹⁰, l'institution avait déjà recommandé que la présence de personnes, dans l'entourage ou dans la famille, susceptibles d'accueillir l'enfant et leurs capacités à en assumer sa protection et son éducation soient davantage recherchées, en amont du placement.

Toutefois, si cette modification est positive sur son principe, **la Défenseure des droits souhaite alerter les membres de la commission sur le défaut d'encadrement de ces dispositions qui pourraient avoir comme conséquence de maintenir l'enfant dans sa famille en attendant l'évaluation des services compétents, sans que ces derniers ne soient clairement identifiés.** Or, en protection de l'enfance, ce qui n'est pas urgent à un instant donné peut rapidement le devenir en fonction de l'âge de l'enfant et des conditions dans lesquelles il vit.

3. L'autorité parentale

L'article 2 du projet de loi vise à permettre au juge des enfants de délivrer une autorisation au service gardien (aide sociale à l'enfance) pour réaliser « un ou plusieurs actes déterminés » qui nécessitent normalement l'accord des titulaires de l'autorité parentale.

Afin d'éclairer les membres de la commission, la Défenseure des droits rappelle à toutes fins utiles que les actes de l'autorité parentale n'ont pas tous la même portée. C'est pourquoi ils se répartissent entre les actes usuels, qui peuvent être réalisés par un seul parent (le consentement de l'autre parent étant présumé), et les actes non usuels, qui impliquent l'accord exprès des deux titulaires de l'autorité parentale. Cette distinction est toutefois délicate faute de définition légale. Il est ainsi nécessaire de se référer à la jurisprudence.

Afin d'éclairer au mieux les professionnels, le ministère des Solidarités et de la Santé a publié un guide intitulé « l'exercice des actes relevant de l'autorité parentale pour les enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance » publié en 2018. Aux termes de ce guide, il est indiqué qu'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 28 octobre 2011 définit l'acte usuel comme un acte de la vie quotidienne qui n'engage pas l'avenir de l'enfant ; ou n'engage pas ses droits fondamentaux ; ou s'inscrit dans une pratique antérieure établie par les parents et non contestée par l'un des deux. A contrario, on peut considérer que l'acte non usuel est un acte qui rompt avec le passé de l'enfant et/ou qui engage de façon déterminante l'avenir de l'enfant, affecte ou garantit ses droits fondamentaux.

Lorsque le juge des enfants est saisi d'une situation et qu'une mesure d'assistance éducative est ordonnée, les parents restent titulaires de l'autorité parentale et en conservent l'exercice, sauf décision contraire des magistrats.

En pratique, et ainsi que cela est expliqué dans le guide précité, le service départemental de l'aide sociale à l'enfance, puisqu'il assure la prise en charge de l'enfant, et notamment son hébergement, par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale, est amené à exercer les actes usuels de l'autorité parentale relatifs à l'éducation et à la surveillance de l'enfant, c'est-à-dire les actes du

¹⁰ Décision MDE 2014-134 du 29 septembre 2014, Recommandations visant à promouvoir l'accueil d'un enfant, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative, par une personne désignée tiers digne de confiance ou autre membre de la famille, dans des conditions adéquates tant pour les mineurs confiés que pour ses parents et les accueillants.

quotidien de l'enfant qui n'engagent pas son avenir. S'agissant de ces actes usuels, le service doit veiller à informer les parents et à les associer. À l'inverse, il ne peut pas effectuer seul les actes non usuels, pour lesquels il doit recueillir l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale. Actuellement, en cas de refus abusif ou injustifié, ou de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, il peut solliciter cette autorisation auprès du juge des enfants pour un acte déterminé.

La nouvelle rédaction de l'article 375-7 du code civil proposée pourrait conduire les services à favoriser cette saisine du juge des enfants au détriment d'un travail avec les parents. **Si la Défenseure des droits a bien conscience qu'il s'agit de répondre, dans un souci pragmatique, à une demande des travailleurs sociaux, des magistrats, voire des enfants confiés, elle souhaite cependant mettre en garde sur le risque pour les services d'être tentés d'avoir recours à ce type de demande, faute de travail suffisant avec les parents.**

En effet, dans de nombreuses réclamations qui lui sont adressées, la Défenseure des droits a pu constater que les services de l'aide sociale à l'enfance (ASE), confrontés à un manque de personnels, un manque de formation, l'absence de médiateurs ou d'interprète¹¹ et donc faute de temps ou de moyens disponibles, n'étaient pas en mesure de consacrer au travail avec les familles le temps et l'énergie que les situations, souvent complexes, auraient réclamé.

Une fois de plus la Défenseure des droits rappelle l'importance du travail avec les familles. Or celui-ci se fait notamment au quotidien en impliquant celles-ci dans les décisions relevant de leur autorité.

Il se fait également autour du projet pour l'enfant (PPE) permettant une approche globale de la situation de l'enfant, quelles que soient les mesures dont bénéficie l'enfant. Le PPE constitue un support essentiel du travail avec les parents titulaires de l'autorité parentale, en garantissant leur information, leur consultation sur le projet pour leur enfant, leur participation à son élaboration et leur implication concrète dans les mesures mises en œuvre.

La Défenseure des droits tient à rappeler que le président du conseil départemental, en sa qualité de chef de file de la protection de l'enfance, doit garantir l'élaboration d'un PPE pour chaque enfant relevant de ce dispositif, ainsi que son adaptation permanente à l'évolution des besoins de l'enfant.

Il faut enfin relever que si les parents font l'objet de procédures pénales, il existe déjà la possibilité de recourir à la procédure de retrait total ou partiel de l'autorité parentale, à charge pour les services et les magistrats d'y avoir recours (Art 378 et suivants du code civil).

4. Un meilleur contrôle des dispositifs créés pour les mineurs non accompagnés en phase d'évaluation

L'article 3 du projet de loi prévoit¹² la modification de l'article L.312-1, II du CASF, et vise à soumettre les établissements qui « *mettent en œuvre des mesures de préventions ou d'aide sociale à l'enfance en application de l'article L. 221-1 et les prestations d'aide sociale à l'enfance* » au régime d'autorisation prévu par le code pour ces établissements. La Défenseure des droits se réjouit de constater que les dispositifs créés en vue de l'accueil d'urgence des MNA sont désormais expressément mentionnés dans la loi comme étant des « établissements et services sociaux et médico-sociaux », les soumettant ainsi aux dispositions protectrices du CASF. La Défenseure des droits prend note également de la clarification du Conseil d'Etat qui rappelle que les dispositif ou établissement relevant d'une gestion directe des services départementaux relèvent de ces mêmes dispositions.

¹¹ Voir décision 2021-045, op.cit.

¹² Article 3 alinéas 5 à 11.

Toutefois il est surprenant de relever la rédaction retenue pour cet article, qui distingue les établissements et services qui accueillent les jeunes exilés se disant mineurs non accompagnés en urgence, de ceux qui mettent en œuvre des mesures d'évaluation de leur situation. **Une telle rédaction pourrait tendre à permettre plus facilement un glissement de l'évaluation des MNA en dehors du dispositif de la protection de l'enfance au profit d'un mécanisme d'évaluation re-centralisé.**

5. La clé de répartition des MNA

La Défenseure des droits approuve la prise en compte des réalités socio-économiques des territoires et du nombre de mesures d'accompagnement jeunes majeurs dans le calcul de la clé de répartition, dans la mesure où l'institution avait émis cette recommandation depuis 2017, notamment auprès de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés.

Toutefois la Défenseure des droits s'interroge sur la rédaction peu claire du nouvel alinéa 3 de l'article L.221-2-2 du CASF prévu par le texte, qui pourrait laisser entendre que les jeunes majeurs, et non seulement les mineurs, seraient eux-aussi concernés par le principe, ce qui n'est à l'évidence pas possible et appelle donc à une clarification de la rédaction de cet article.

La Défenseure des droits déplore que ne soit toujours pas envisagé de tenir compte, dans le système de répartition nationale, du nombre de jeunes qui se présentent spontanément pour un accueil et une évaluation dans les départements afin d'éviter de pénaliser les départements où arrivent un grand nombre de jeunes exilés primo-arrivant.

Par ailleurs, la Défenseure des droits souhaite rappeler que les orientations sur le territoire français décidées par les magistrats (procureur de la République ou juge des enfants) doivent s'opérer dans le strict respect de l'intérêt supérieur des enfants, en tenant compte des capacités et des situations des départements.

L'orientation des MNA ne devrait jamais revêtir un caractère d'automatisme mais s'accompagner d'une réflexion relative au département de destination, ce qui éviterait de surcharger les départements les plus en difficulté, en raison d'un afflux important de jeunes primo-arrivants. **A ce titre, la Défenseure des droits rappelle que le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant s'applique aux avis d'orientation donnés par la Mission MNA placée auprès du ministère de la Justice¹³.**

Enfin, la Défenseure des droits déplore que certains départements poursuivent leur pratique de réévaluation des mineurs confiés par l'autorité judiciaire d'un autre département, qui contribue à fragiliser non seulement le principe de solidarité nationale mais porte gravement atteinte aux droits fondamentaux des mineurs protégés. Elle note avec regret que, si le Gouvernement se soucie d'éviter que des jeunes majeurs soient pris en charge comme mineurs en multipliant les dispositions en ce sens, il n'accorde que peu d'importance aux mineurs exclus des dispositifs de protection de l'enfance à la suite de ces réévaluations au mépris de la CIDE, ce qui contribue à l'errance de ces adolescents, source du nomadisme que l'Etat souhaite pourtant empêcher.

La Défenseure des droits recommande ainsi que soit proscrite toute réévaluation d'un mineur non accompagné, confié par l'autorité judiciaire, par les départements après orientation nationale.

¹³ Voir Décision du Défenseur des droits 2021-070 du 17 mars 2021.

III. Un texte dont plusieurs dispositions inquiètent particulièrement la Défenseure des droits

1. L'accueil hôtelier des enfants protégés

Si la Défenseure des droits ne peut que se réjouir de l'interdiction de principe de l'hébergement des mineurs dans des structures de type hôtelier ou de loisir, elle est cependant très inquiète des exceptions prévues par le texte. Ainsi, le recours à ces structures reste possible pour des accueils en urgence ou des « mises à l'abri » de mineurs.

La Défenseure des droits note ainsi la suppression de la durée maximale de deux mois initialement prévue par le projet de loi et le simple renvoi à un décret d'application. La Défenseure des droits sera par conséquent très vigilante sur le texte du futur décret, considérant l'impact extrêmement lourd que ces prises en charge « hôtelières », même de courtes durée, ont sur l'ensemble des enfants qui y sont accueillis. Il convient à ce titre de relever que les situations d'urgence et de recueil provisoire concernent bien souvent des mineurs en grande fragilité qui ont sur cette première période de prise en charge besoin d'un suivi très soutenu (mineur en rupture familiale ayant fui son domicile, mineur ayant eu un parcours migratoire traumatique, ...).

La Défenseure des droits ne peut qu'attirer l'attention des parlementaires sur les récents rapports de l'IGAS qui montrent, de façon particulièrement saillante, les atteintes aux droits fondamentaux et à l'intérêt supérieur des enfants, mises en évidence aussi par de nombreuses décisions du Défenseur des droits relatives aux mineurs non accompagnés.

A cet égard, l'étude d'impact du projet de loi indique que : « Le recours à l'hôtel porte une atteinte grave aux droits et aux besoins fondamentaux des enfants confiés à l'ASE [...] » et confirme que les « modalités de recours à l'hôtel sont dans l'ensemble très peu encadrées ». Au contraire de ce qu'avance l'étude d'impact, qui indique que « ces mineurs disposeront désormais de la garantie que ces solutions d'hébergement qui ne permettent pas de respecter leurs droits fondamentaux ne pourront qu'être très temporaires », **la Défenseure des droits, garante de l'application de la CIDE en France, ne saurait se satisfaire de ces dispositions, ni ne saurait tolérer que des atteintes aux droits fondamentaux des enfants perdurent, même pour une courte durée.**

Elle note enfin que le texte mentionne la notion de « mise à l'abri des mineurs » alors que cette notion n'existe pas juridiquement puisque le CASF fait référence, s'agissant de mineurs, à la notion de « recueil provisoire d'urgence », ou « d'accueil d'urgence ». **Cette notion, minimaliste, de « mise à l'abri » est à proscrire dans les textes législatifs s'agissant d'enfants en danger.**

La Défenseure des droits réitère sa recommandation visant l'interdiction totale du placement hôtelier ou dans toute autre structure qui ne relèverait pas des garanties prévues par le code de l'action sociale et des familles, y compris dans le cadre de l'accueil provisoire d'urgence.

2. Les mineurs non accompagnés : moins protégés, plus contrôlés

Au-delà des dispositions spécifiques aux MNA, la Défenseure des droits sera extrêmement attentive à ce que l'ensemble des dispositions du texte ne créent pas de discrimination entre les différents publics de l'ASE. **Elle rappelle qu'opposer les MNA aux autres enfants en danger constitue une atteinte profonde au principe d'universalité des droits de l'enfant et de non-discrimination, posés par le CIDE.**

L'Etat doit remplir ses obligations positives envers les enfants en situation de migration, personnes parmi les plus vulnérables de la société¹⁴.

Or, s'agissant de l'article 15 du projet de loi sur les MNA, la Défenseure des droits ne peut que s'interroger sur la place de ces dispositions dans un projet de loi qui se réclame de protection des enfants et fait part de **ses profondes inquiétudes quant aux dispositions contenues dans cet article, qui tendent davantage à traiter du contrôle migratoire qu'à une réelle amélioration de la protection des mineurs non accompagnés.**

- Un accueil provisoire d'urgence en dehors du droit commun de la protection de l'enfance

La Défenseure des droits considère en effet que l'article 15 crée un accueil provisoire d'urgence spécifique aux MNA, en insérant un nouvel article L.221-2-3-I dans la partie législative du CASF.

Ce nouvel article ne reprend pas la formulation de l'art. R221-11 du CASF qui indique que le président du conseil départemental (PCD) met en place un accueil provisoire d'urgence selon les conditions de l'article L.223-2, garantissant à tous les enfants quelle que soit leur nationalité, en cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, de bénéficier immédiatement d'un accueil inconditionnel, sous le contrôle de l'autorité judiciaire (information immédiate au parquet et demande de placement dans les 5 jours). **Ce nouvel article prévu par le projet de loi viendrait conforter, de façon très inopportune, les pratiques juridiquement contestables des départements qui ne respectaient pas l'article L.223-2 du CASF depuis des années.**

La Défenseure des droits déplore en outre la disparition, dans cet article, des dispositions qui prévoyaient que le mineur reconnu tel restait confié au département jusqu'à l'intervention de l'autorité judiciaire, fragilisant ainsi d'autant plus la situation des MNA.

Le renvoi à des dispositions réglementaires ultérieures pour définir les modalités d'application du texte laisse en outre la possibilité au Gouvernement de prévoir des modalités d'accueil spécifiques dérogeant au droit commun pour les MNA.

- Le recours au fichier AEM et aux antécédents des fichiers AGDREF et VISABIO

Concernant le recours obligatoire aux antécédents des fichiers VISABIO et AGDREF, et l'inscription dans le fichier AEM, la Défenseure des droits ne peut que manifester à nouveau son opposition à une procédure relevant bel et bien d'un contrôle et d'une gestion des flux migratoires dont devraient pourtant être exclus les MNA, qui relèvent uniquement des dispositifs de la protection de l'enfance jusqu'à l'établissement de leur âge par une décision judiciaire définitive.

La Défenseure des droits ne peut que déplorer qu'une fois de plus, le texte ne consacre pas la présomption de minorité telle qu'elle est pourtant affirmée par le Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies dans son interprétation des dispositions de la CIDE¹⁵.

¹⁴ Dans l'arrêt Khan c/ France (n° 12267/16 du 28 février 2019), la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré qu'en tant que mineur non accompagné, le requérant « relevait de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société » et que les obligations de l'état à son égard s'en trouvaient de ce fait renforcées.

¹⁵ Affaires CRC/C/81/D/22/2017 et CRC/C/81/D/16/2017 ; voir aussi CRC/C/81/D/22/2017, CRC/C/81/D/16/2017, CRC/C/82/D/27/2017 ; CRC/C/79/D/11/2017 ; CRC/C/83/D/21/2017 ; CRC/C/83/D/24/2017 ; CRC/C/85/D/26/2017 ; CRC/C/85/D/28/2017 ; CRC/C/82/D/17/2017.

Elle ne peut que **désapprouver cette nouvelle rédaction qui prévoit l'obligation pour le département d'organiser « la présentation de la personne auprès des services de l'Etat afin qu'elle communique toute information utile à son identification et au renseignement ».**

De manière plus inquiétante, la rédaction du nouvel article tend à rendre obligatoire la transmission des informations par le mineur et ne tient plus compte de son droit de refuser de transmettre celles-ci, clairement indiqué par les dispositions prévues qui ne reprennent pas la formulation de l'article R221-11 du CASF : « en cas de refus de l'intéressé (...), le préfet en informe le président du CD ». Le droit du mineur de refuser n'est plus considéré ni prévu.

Le nouvel article du CASF proposé par ce projet de loi ne s'inscrit pas dans le respect des conditions retenues par le Conseil Constitutionnel qui, dans sa décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 relative à la conformité de l'article L.611-6-1 du CESEDA à la Constitution¹⁶, avait retenu la conformité à la Constitution du traitement automatisé AEM au motif que :

- Les dispositions de celui-ci ne modifiaient pas les règles relatives à la détermination de minorité, le recours au traitement AEM n'étant que facultatif ;
- Le consentement du mineur était une condition et que son refus ne pouvait être retenu comme indice de majorité ;
- Et seules les empreintes et photographie, données nécessaires afin de vérifier l'existence d'une évaluation antérieure, étaient recueillies.

La Défenseure des droits, saisie depuis de nombreuses années d'atteintes aux droits fondamentaux des mineurs non accompagnés durant cette période de particulière vulnérabilité qu'est la période d'évaluation, réitère avec fermeté la nécessité de prévoir un administrateur *ad hoc*, indépendant, financé par l'Etat, nommé pour accompagner, soutenir, informer le mineur non accompagné dès sa première présentation aux services en charge du recueil d'urgence et de l'évaluation, et jusqu'à décision définitive le concernant.

Si l'objectif poursuivi, selon l'étude d'impact, est « de dissuader le détournement du dispositif de protection de l'enfance par de faux mineurs » et de « lutter contre le nomadisme entre départements », la Défenseure des droits constate à nouveau que ce phénomène n'est toujours pas objectivé, et déplore l'absence de tout bilan d'application du fichier AEM. Elle ne peut dès lors que s'inquiéter des conséquences de ces dispositions en matière de respect des droits fondamentaux des MNA, dans la mesure où elle est depuis 2019, saisie de situations de réévaluation conduites à l'initiative de certains départements utilisant la procédure du décret du 30 janvier 2019 pour des mineurs pourtant confiés par décisions judiciaires de placement après orientation nationale (voir *supra*), de cas de placement en rétention administrative de MNA ayant saisi l'autorité judiciaire et étant dans l'attente de décision de justice définitive, de difficultés d'accès au dépôt de la demande d'asile, etc.

Pour conclure, **l'inquiétude du Défenseur des droits, exprimée depuis plusieurs années se confirme dans la mesure où ces dispositions attestent désormais de l'existence d'un droit spécifique des MNA, de plus en plus éloigné de la protection de l'enfance**

IV. Un texte qui souffre d'oublis majeurs

Ce projet de loi souffre d'oublis majeurs dès lors qu'il se donne pour objectif d'améliorer la protection des enfants.

¹⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019797QPC.htm>

1. Le projet pour l'enfant (PPE)

Il aurait pu contenir des dispositions permettant de rendre effectif le projet pour l'enfant en obligeant, par exemple, le service gardien à le transmettre au juge des enfants avant chaque audience de renouvellement de mesure, ou lorsque ce projet a été mis à jour par les services départementaux, et non plus seulement lorsque le juge des enfants est saisi (article L.223-1-1 alinéa 6 du CASF).

2. La prise en compte de la parole de l'enfant

De même, il aurait été bienvenu qu'il apporte des réponses aux **précédentes recommandations du Défenseur des droits, concernant des réformes législatives relatives à la prise en compte de la parole de l'enfant et pour un meilleur accompagnement de celui-ci dans l'exercice de ses droits** dans le cadre d'une instance judiciaire :

- Réforme de l'article 388-1 du code civil pour faire respecter le droit de l'enfant d'être auditionné en justice ;
- Réforme de l'article 338-4 du code de procédure civile par voie réglementaire, pour que l'audition de l'enfant qui demande lui-même à être entendu dans le cadre d'une procédure le concernant soit de droit, sans qu'il ne soit plus fait référence à sa capacité de discernement ;
- Réforme article 338-1 du code de procédure civile pour prévoir que le mineur de 10 ans et plus soit personnellement informé par le greffe de son droit d'être entendu.

Par ailleurs, comme souligné plus haut, ce projet de loi aurait dû être l'occasion d'interroger l'opportunité de la désignation systématique d'un avocat pour l'enfant en assistance éducative, pour renforcer la défense de ses intérêts et la mise en œuvre de ses droits.

3. L'accompagnement des jeunes majeurs

Hormis l'ensemble de ces dispositions et celles soulignées par la Défenseure des droits dans les parties précédentes de cet avis, qu'il aurait été judicieux de prévoir dans ce projet de loi, la Défenseure des droits considère que ne peut être améliorée la protection des enfants sans sécuriser l'accompagnement des jeunes majeurs dans leur accès à la vie d'adulte.

La Défenseure des droits déplore ainsi que le projet de loi n'aborde pas la question des jeunes majeurs. **Elle invite les parlementaires à enrichir ce texte en prévoyant la modification de l'article L.222-5 CASF, pour garantir la poursuite de la prise en charge ASE jusqu'à 21 ans** si le jeune en fait la demande ou, *a minima*, jusqu'à la fin de la formation professionnelle engagée ou du cycle universitaire ou du parcours scolaire, et non plus seulement jusqu'à la fin de l'année scolaire en cours.

4. Le respect des droits des enfants de nationalité étrangère

La Défenseure des droits avait en outre attiré l'attention du législateur, lors des débats relatifs à la loi du 5 mars 2016, sur l'imprécision de rédaction de l'article 388 du code civil et appelle une nouvelle fois à supprimer la possibilité prévue par la loi de réaliser des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge des mineurs étrangers. **Elle rappelle que, s'agissant de l'état civil, il aurait été opportun de préciser en premier lieu, dans le projet de loi (article 14 du projet de loi) que les documents d'état civil font foi (conformément à l'article 47 du code civil) et s'imposent au conseil départemental et que ce n'est qu'en cas de doute que ce dernier a la possibilité de saisir les services de l'Etat ou les services consulaires du pays d'origine du mineur aux fins d'analyse documentaire.**

La Défenseure des droits tient à rappeler l'article 8 de la CIDE¹⁷, qui dispose que : « Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales tels qu'ils sont reconnus par loi, sans ingérence illégale. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les États parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ». L'obligation qui pèse sur les départements en charge de la protection de l'enfance, de reconstitution ou de rétablissement de l'état civil des enfants étrangers devrait faire l'objet d'une disposition législative afin de sécuriser les mineurs dans leurs parcours et leur prise en charge.

S'agissant des enfants de nationalité étrangère (accompagnés ou non), **il est indispensable de leur permettre, lorsqu'ils atteignent leur majorité, de poursuivre leur formation en alternance en prolongeant de plein droit l'autorisation provisoire de travail jusqu'à la fin de leur formation**, indépendamment des procédures souvent trop longues d'admission au séjour.

De la même manière, **la Défenseure des droits préconise la simplification et l'octroi de plein droit, d'un titre de séjour pour les MNA pris en charge par les services de l'ASE quel que soit leur âge (avant ou après 16 ans) et ce quels que soient leurs liens avec leur famille restée dans leur pays d'origine**. Il est en effet paradoxal que les services en charge de l'accompagnement de ces jeunes déploient de larges efforts dans la prise en charge socio-éducative de ces jeunes pour les insérer dans la société française, multiplient les tentatives de reprise de lien et/ou le maintien du contact avec les familles dans l'intérêt des jeunes accueillis (pour les aider dans leurs démarches, mais aussi pour ne pas aggraver leur solitude et les traumatismes de l'exil) et qu'à 18 ans, l'administration leur reproche des contacts avec leur pays d'origine afin de leur refuser une admission au séjour.

5. Les enfants enfermés dans les centres de rétention administrative ou les zones d'attente

Enfin, la Défenseure des droits est toujours très préoccupée par la situation des enfants enfermés dans les centres ou locaux de rétention administrative ou les zones d'attente.

Il convient de rappeler que les conditions de l'enfermement dans ces lieux, souvent situés en bordure des pistes d'aéroports, où les enfants ne peuvent qu'être confrontés à la présence permanente de personnels de police en uniforme, aux conditions carcérales, à la détresse des personnes retenues et aux violences que celle-ci peut engendrer, sont de nature à avoir un effet extrêmement anxiogène sur eux. De telles conditions sont nécessairement des sources importantes d'angoisse pour des enfants, entraînant des conséquences néfastes sur leur santé et leur développement futurs.

La situation des enfants étrangers à Mayotte, dont la date de naissance est parfois modifiée pour les faire apparaître comme majeurs ou qui sont rattachés à des tiers pour les besoins des mesures de placement en rétention, enfermés, puis éloignés est à cet égard particulièrement préoccupante¹⁸.

Aussi, la Défenseure des droits, inquiète des atteintes aux droits fondamentaux des enfants étrangers causées par leur enfermement, réitère avec fermeté son opposition au placement des enfants étrangers en centre de rétention administrative ou en zone d'attente.

¹⁷Cet article a été reconnu d'effet direct par Cour de Cassation, 1e civile, 6 janvier 2010 n° 08-1887.

¹⁸ Voir CEDH - Moustahi c. France - 9347/14, Arrêt du 25 juin 2020.

La Défenseure des droits recommande au Gouvernement et au Parlement de faire évoluer la législation, conformément à la Convention relative aux droits de l'enfant, pour proscrire, dans toutes circonstances, le placement de familles avec enfants en centre de rétention administrative et en zone d'attente.