

C'est la défaillance des parents dans l'exercice de leur autorité parentale qui légitime l'intervention du juge des enfants

Mineur étranger isolé : patate chaude aussi pour la Justice?

par Laurent Gebler⁽¹⁾

Décidément, le mineur étranger isolé suscite bien malgré lui des controverses de toute nature.

En arrière-plan de celle qui oppose les tenants d'une prise en charge inconditionnelle et complète de ces jeunes errants au nom des droits de l'enfant aux institutions débordées par l'ampleur de ce phénomène migratoire d'un nouveau genre, un débat plus juridique anime l'institution judiciaire autour de la compétence des différents magistrats pour traiter de cette question délicate.

Certes, il ne s'agit peut-être là que d'une autre facette du triste épisode de la partie de mistigri qui se joue par ailleurs entre les départements et l'État.

Le débat est toutefois intéressant pour les juristes, dans la mesure où il vient questionner l'articulation des notions d'autorité parentale et de protection de l'enfance.

Quelle est l'architecture du système français de protection des mineurs?

Les premiers protecteurs de l'enfant sont ses parents, titulaires de l'autorité parentale, ce «*droit-fonction*» qui leur est conféré par l'article 371-1 du Code civil «*pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne*».

Si les parents sont en difficulté pour exercer leur autorité parentale, ils peuvent solliciter un soutien matériel ou éducatif auprès du Conseil général⁽²⁾,

Comme en écho à l'article 371-1 du Code civil, les dispositions relatives à l'assistance éducative, incluses dans le titre IX du Code civil relatif à l'autorité parentale, confèrent compétence au juge des enfants pour prendre des mesures de protection judiciaire «*si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si ses conditions d'éducation ou de*

son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises»⁽³⁾.

En d'autres termes, c'est la défaillance des parents dans l'exercice de leur autorité parentale, au point de créer une situation de danger pour l'enfant, qui légitime l'intervention du juge des enfants.

Quid alors lorsqu'il ne s'agit plus d'aménager ou de réguler une autorité parentale défaillante, mais de suppléer une véritable vacance de cette autorité parentale, parce que les parents sont soit décédés, soit hors d'état de manifester leur volonté en raison de leur incapacité, de leur absence ou de toute autre cause ?

En ce cas, c'est le mécanisme de la **tutelle** qui s'applique, avec organisation d'une prise en charge complète et durable de l'enfant, garantissant non seulement sa protection physique, mais aussi sa représentation juridique et, le cas échéant, la protection de son patrimoine.

Le magistrat compétent est le juge des tutelles, fonction exercée depuis la loi du 12 mai 2009 par le juge aux affaires familiales. Lorsqu'il ne peut réunir un conseil de famille, le juge ouvre alors une tutelle d'État dont la mise en œuvre est confiée au Conseil général.

Pour en revenir à notre mineur isolé étranger, nul doute qu'il relève *a priori* du champ de compétence du juge des tutelles, ses parents semblant hors d'état de manifester leur volonté en raison de leur absence ou de leur éloignement,

Pour autant, il s'agit également sans conteste d'un **enfant en danger**, en l'absence de toit, d'accès aux soins et à l'instruction et d'un référent adulte susceptible de le protéger, pouvant donc également faire l'objet d'une mesure de protection par le juge des enfants.

(1) Vice-président du TGI de Bordeaux., juge pour enfants.

(2) Article L.112-3 du Code de l'action sociale et des familles.

(3) Article 375 du Code civil.

Il paraît difficile pour le juge des enfants de se considérer incompetent

Le critère du danger est-il toutefois suffisant pour fonder l'intervention du juge des enfants ?

Ainsi que nous l'avons rappelé précédemment, l'assistance éducative est un mécanisme de régulation de l'autorité parentale : dès lors que le danger ne trouve pas son origine pas dans une défaillance de celle-ci, le juge des enfants n'a pas vocation à intervenir. L'enfant peut en effet se trouver en danger pour d'autres causes qu'une carence parentale : maladie, dysfonctionnement d'une institution, précarité économique... Il peut alors relever de soins médicaux ou d'une prise en charge sociale, mais pas d'une intervention judiciaire.

Au surplus, depuis la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance, un mineur en danger peut tout à fait relever de la protection administrative, pour peu que ses parents acceptent de coopérer avec le service de l'Aide sociale à l'enfance.

Il ne suffit donc pas d'affirmer que le mineur isolé étranger est en danger pour en déduire l'intervention nécessaire du juge des enfants.

Aussi, pour fonder une mesure de protection, le juge des enfants est tenu de vérifier :

- l'état de minorité : la minorité ouvrant droit à un régime de protection dérogatoire du droit commun, elle ne peut pas résulter de la seule affirmation du jeune et il appartient au juge saisi de vérifier cet état de minorité pour justifier sa compétence⁽⁴⁾;
- la réalité de l'isolement du mineur en France, qui fonde la situation de danger;
- la défaillance de l'autorité parentale.

Si ces critères sont réunis, il paraît difficile pour le juge des enfants de se considérer incompetent.

Certes, comme le soutiennent ceux qui refusent d'intervenir dans ce domaine, l'assistance éducative sans parents n'est plus de l'assistance, mais de la suppléance, et il existe un autre juge pour ça.

Certes, l'assistance éducative n'assure qu'une protection imparfaite de l'enfant, notamment en ce qu'elle ne

permet pas au service éventuellement désigné pour prendre en charge le mineur de prendre les décisions relatives à l'autorité parentale (soins médicaux, scolarité...).

Certes, il est désagréable de se sentir instrumentalisé au seul motif que la procédure devant le juge des enfants est plus souple et rapide que celle suivie devant le juge des tutelles (infra).

Pour autant, sauf à démontrer que le mineur n'est pas mineur, qu'il n'est pas isolé et donc pas en danger ou que ses parents ne sont pas défaillants, la compétence immédiate du juge des enfants paraît difficilement contournable.

Si, dans un second temps, un dispositif de protection plus complet (la tutelle) a vocation à se substituer aux mesures de protection provisoires permises par l'assistance éducative, ce n'est pas pour autant que le juge des enfants peut dénier sa compétence initiale.

Le raisonnement est d'ailleurs similaire lorsque le juge des enfants est conduit, au nom du danger immédiat, à protéger un enfant en le confiant au parent chez lequel n'est pas fixée sa résidence habituelle, quitte dans un second temps à mettre fin à son intervention lorsque le juge aux affaires familiales aura statué.

La mise en œuvre de la tutelle

Mais alors, puisqu'il est reconnu que le juge des tutelles a davantage vocation à intervenir en la matière, pourquoi ne pas le saisir immédiatement sans transiter par l'étape de l'assistance éducative ?

Très concrètement, cela supposerait que le juge des tutelles statue dans les cinq jours accordés au Conseil général par le Code de l'action sociale et des familles⁽⁵⁾ pour pouvoir héberger le mineur sans accord des parents ni décision de justice. Au-delà de ce délai légal, le département engagerait sa responsabilité s'il acceptait de garder l'enfant dans ses services.

Il ne faudrait pas non plus que, dans ce délai, le procureur de la République ait rendu une décision de placement provisoire, car celle-ci emporte *ipso facto* saisine obligatoire du juge des enfants⁽⁶⁾.

Le juge des tutelles devrait en conséquence être saisi par le parquet, puis ouvrir la tutelle dans le délai de cinq jours suivant le recueil du mineur par les services du Conseil général, avant même de savoir s'il va rester ou va repartir dans la foulée, comme c'est souvent le cas en la matière.

Même si, en droit, le juge des tutelles n'est pas tenu de convoquer d'office le mineur avant de rendre sa décision (sous réserve que le mineur ait été avisé du droit d'être entendu et qu'il n'ait pas souhaité en faire usage), il n'est pas raisonnable de penser que des milliers de mineurs étrangers isolés pourraient être placés sous tutelle d'État dans les cinq jours de leur accueil immédiat, sans aucune vérification sérieuse de leur situation, et alors qu'une grande partie d'entre eux repartira dans la nature quelques jours plus tard.

Si le mineur peut être placé sous tutelle, ce n'est que dans un second temps, à l'issue d'une période de placement provisoire qui permettra de s'assurer de la nécessité et de l'opportunité d'une mesure de protection complète et durable.

Ce dispositif est d'ailleurs tout à fait compatible avec la procédure d'assistance éducative qui distingue bien la phase provisoire, qui combine les mesures d'instruction et la protection immédiate et conservatoire de l'enfant, de la phase de jugement au fond qui pourra se conclure par un non-lieu à assistance éducative, dès lors que le juge aux affaires familiales aura entre-temps ouvert la tutelle.

En conséquence, la pratique majoritaire dans la plupart des juridictions, consistant à saisir le juge des enfants au titre de la protection provisoire du mineur, puis dans un second temps le juge des tutelles si une protection durable et globale s'avère nécessaire, paraît conforme à la fois au droit et à l'intérêt de l'enfant.

(4) Nous ne reviendrons pas ici sur le débat concernant les modes de preuve ou les indices de l'état de minorité (présomption simple de validité des documents d'identité présentés, vérification possible de ces documents, examen osseux...) qui ont déjà fait l'objet de plusieurs articles dans cette revue.

(5) Article L.323-2.

(6) Article 375-5 alinéa 2 du Code civil : « En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir [de placer l'enfant], à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure ».