

Paris, le 30 juin 2016

Décision du Défenseur des droits MDE 2016-187

Le Défenseur 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 ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

Vu l'Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/ 2005/6) (2005) ;

Vu le rapport du Défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des Nations Unies du 27 février 2015 ;

Vu les observations finales adressées à la France par le Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies du 29 janvier 2016 (CRC/C/FRA/CO/5) ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code civil ;

Vu le code de procédure civile ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;

Vu le décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 pris en application de l'article L. 221-2-2 du code de l'action sociale et des familles et relatif à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille

Vu la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels (NOR : JUSF1602101C) ;

Vu la circulaire du garde des Sceaux du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (NOR : JUSF1314192C) ;

Vu la décision du Défenseur des droits n° MDE-2012-179 du 19 décembre 2012, portant recommandations générales relatives à l'accueil et la prise en charge des mineurs isolés sur le territoire français ;

Vu la décision cadre du Défenseur des droits n° MDE 2016-052 du 26 février 2016 relative au cadre juridique applicable à la situation des mineurs isolés étrangers, adoptée après consultation du Collège compétent en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant ;

Le Défenseur des droits,

Saisi de la situation du jeune X. dans le cadre de sa saisine du juge des enfants du 24 mai 2016 ;

Décide de présenter des observations ci-jointes conformes à sa décision cadre, devant le juge des enfants de Brest.

Jacques TOUBON

**Observations n° MDE 2016-187, devant le juge des enfants de Brest
Relatives à l'accès aux droits et à la justice des mineurs isolés étrangers**

Rappel des faits

Cet exposé des faits résulte des premiers éléments transmis au Défenseur des droits, dans le cadre de la saisine relative à la situation du jeune X..

Selon les informations transmises au Défenseur des droits, X. serait arrivé dans le département du Finistère en décembre 2015. Il indique avoir fui la Côte d'Ivoire une première fois suite à l'assassinat de son père militant d'opposition, et de plusieurs membres de sa famille en 2011. Réfugié chez son frère au Libéria pendant un an il aurait, par la suite, rejoint sa mère en Côte d'Ivoire où il a tenté de reprendre une vie normale. Il indique avoir été à nouveau menacé et, à la demande de sa mère, a de nouveau fui son pays. Après un long périple, le jeune aurait rejoint l'Italie où il a été enregistré comme demandeur d'asile, puis la France.

Évalué mineur par les services du département du Finistère, il a bénéficié d'une mesure de placement provisoire ordonnée par le procureur de la République le 28 décembre 2015. Cependant, ce dernier n'aurait pas saisi le juge des enfants dans les 8 jours, conformément à l'article 375-5 alinéa 2 du code civil, mais aurait requis, en février 2016 une expertise d'âge osseux. Or le document d'état civil de Monsieur X. n'aurait fait l'objet d'aucune analyse d'authenticité.

Monsieur X. aurait alors fait l'objet d'une fin de prise en charge, notifiée par le conseil départemental du Finistère, son dossier en assistance éducative aurait été classé sans suite par le procureur de la République, le 22 février 2016 soit près de 2 mois après la mesure de placement provisoire.

Monsieur X. a déposé une demande d'asile, le 13 avril, devant les services de la préfecture de Brest, mais a été placé en procédure Dublin en vue d'un réacheminement vers l'Italie. Il dispose d'une attestation de demande d'asile où figurent les éléments de son identité ainsi que sa qualité de mineur.

Or, la procédure de réacheminement prévue par le règlement européen Dublin 3, ne peut lui être applicable en vertu de l'article 7-4 qui prévoit qu'en l'absence de membre de la famille en Europe d'un mineur non accompagné, « l'état membre responsable est celui dans lequel le mineur non accompagné a introduit sa demande de protection internationale ». Demandeur d'asile, X. ne peut se rapprocher de ses autorités diplomatiques et consulaires sans mettre en péril sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

C'est dans ces circonstances qu'avec l'aide d'une association, le jeune X. a saisi le juge des enfants au titre de l'article 375 du Code civil, évoquant sa situation de danger et d'errance sur le territoire.

Observations :

Les mineurs isolés étrangers et les personnes se présentant comme telles tant que le contraire n'a pas été établi, ont droit à être physiquement protégés, protection qui relève de la responsabilité du conseil départemental et de l'autorité judiciaire, procureur de la République et juge des enfants. Ils ont également le droit à bénéficier d'un statut juridique adapté à leur situation que le juge aux affaires familiales en charge des tutelles mineurs est compétent pour leur accorder.

1. Sur l'accès aux droits des jeunes isolés étrangers et la garantie de leur effectivité

Tout enfant en danger présent sur le territoire français doit pouvoir faire l'objet d'une mesure de protection quels que soient son statut personnel et sa situation au regard des règles d'entrée et de séjour. Aux termes de l'article 375 du code civil, le juge des enfants est compétent « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* ».

Le Défenseur des droits rappelle, à cet égard, qu'un mineur seul et étranger, arrivant en France sans représentant légal sur le territoire et sans proche pour l'accueillir, doit être considéré comme un enfant en danger. Confrontés à des difficultés risquant de mettre en danger leur santé, leur sécurité, et leur moralité ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel et social, les mineurs isolés étrangers relèvent du dispositif de protection de l'enfance et doivent pouvoir bénéficier de mesures d'assistance éducative.

Dans sa recommandation N°5 du 21 décembre 2012, le Défenseur des droits invitait ainsi les juges des enfants saisis, en cas de contestation sur la minorité ou sur la situation d'isolement d'un mineur isolé étranger, à tenir une audience dans les meilleurs délais, afin de statuer rapidement sur le besoin de protection du jeune et d'ordonner les mesures nécessaires qui en découlent. En effet, de nombreux jeunes qui ont fait l'objet d'un refus d'accueil provisoire au titre de l'article L 223-2 du code de l'action sociale et des familles (CASF), saisissent le juge des enfants, souvent avec l'aide des associations.

Si le refus constitue bien une décision administrative faisant grief, le Défenseur des droits rappelle que le Conseil d'Etat est venu récemment affirmer la compétence exclusive du juge des enfants pour ordonner l'admission du mineur à l'aide sociale à l'enfance suite au refus du conseil départemental de saisir l'autorité judiciaire¹.

Par ailleurs, conformément à l'article 14 du code de procédure civile, qui prévoit que « *Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* », aux articles 388-1 du code civil et 1182 et 1189 du code de procédure civile relatifs à l'audition de l'enfant doué de discernement en matière d'assistance éducative, la convocation puis l'audition du jeune se disant mineur en audience devant le juge des enfants est de droit dès lors qu'il en fait la

¹ CE – 1^{er} juillet 2015 : « Que si le président du conseil général refuse de saisir l'autorité judiciaire, notamment lorsqu'il estime que le jeune a atteint la majorité, celui-ci peut saisir le juge des enfants en application de l'article 375 du code civil ; que l'existence de cette voie de recours, par laquelle un mineur peut obtenir du juge qu'il ordonne son admission à l'aide sociale à l'enfance, y compris à titre provisoire pendant l'instance, sans que son incapacité à agir en justice ne puisse lui être opposée, rend irrecevable le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif contre la décision du président du conseil général de refuser de saisir l'autorité judiciaire et la demande de suspension dont ce recours peut être assorti »

demande, et ce à peine de nullité, comme l'a récemment jugé la cour d'appel de Colmar le 21 avril 2015².

De surcroît, le Défenseur des droits souhaite insister sur la nécessité, pour favoriser l'effectivité du droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat dès l'ouverture de la procédure conformément aux articles 1184 et 1186 du code de procédure civile, de veiller à ce qu'outre sa mention dans la convocation adressée par le juge des enfants, ce droit soit oralement rappelé à l'audience, afin que le jeune puisse demander la désignation d'un avocat. En effet, la présence d'un conseil aux côtés du jeune est cruciale pour veiller au respect de ses droits dans toutes les procédures auxquelles il est confronté.

L'article 388-1 du code civil indique en outre que le mineur « *peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix* ». A ce titre les représentants des associations, ou bénévoles, accompagnant les jeunes migrants dans leurs démarches, doivent pouvoir, si ces derniers en font la demande, les accompagner, d'autant plus que leur connaissance des jeunes est souvent très utile à une meilleure appréhension de la situation soumise au magistrat.

Il conviendra en outre, de rappeler qu'en application du droit à un procès équitable, l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme prévoit dans son paragraphe 3 que le justiciable « *a le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ». Par ailleurs l'article 23 du code de procédure civile précise que « *le juge n'est pas tenu de recourir à un interprète lorsqu'il connaît la langue dans laquelle s'expriment les parties* ». Le Défenseur des droits recommande donc, a contrario, que le jeune puisse être assisté d'un interprète s'il en fait la demande afin de pouvoir comprendre les débats de l'audience et s'exprimer devant le juge des enfants.

Enfin, l'article 4 du code civil indique que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* ».

Le Défenseur des droits rappelle que toute requête déposée par le jeune lui-même doit donner lieu à une décision, valablement notifiée au requérant et à son conseil, et donc susceptible de recours. La notification des décisions de justice, qui ouvre les délais de recours à des jeunes qui sont en errance sans lieu de prise en charge, peut s'avérer parfois très problématique. Là encore, l'assistance d'un avocat dès l'ouverture de la procédure permet de garantir le droit à un recours effectif dans la mesure où la décision judiciaire lui sera notifiée, et s'avère donc essentielle.

2. Sur l'évaluation de la minorité et de l'isolement

L'évaluation de la minorité et de l'isolement du jeune sur le territoire français est essentielle puisqu'elle va conditionner la poursuite de la procédure en assistance éducative.

2.1. Sur la force probante des documents d'état civil étrangers produits

Aux termes de l'article 47 du code civil, « *Tout acte de l'état civil des français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

² CA Colmar – 21 avril 2015 – arrêt n°92/15

Il existe donc une présomption d'authenticité des actes d'état civil étrangers produits par les jeunes migrants, même si cette présomption n'est pas irréfragable.

En cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude des documents produits, l'article 22-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, prévoit que :

« par dérogation aux articles 21 et 22 et sous réserve d'exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat, lorsque, en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude d'un acte de l'état civil étranger, l'autorité administrative saisie d'une demande d'établissement ou de délivrance d'un acte ou de titre procède ou fait procéder, en application de l'article 47 du code civil, aux vérifications utiles auprès de l'autorité étrangère compétente, le silence gardé pendant huit mois vaut décision de rejet.

Dans le délai prévu aux articles 21 et 22, l'autorité administrative informe par tous moyens l'intéressé de l'engagement de ces vérifications.

En cas de litige, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis tant par l'autorité administrative que par l'intéressé. »

La présomption de validité des actes d'état civil étrangers ne peut cependant être renversée qu'en rapportant la preuve du caractère irrégulier, falsifié ou non conforme à la réalité de l'acte en question³.

« La possibilité de contredire la présomption d'authenticité des actes de l'état civil doit s'opérer à travers la mise en œuvre d'une procédure légale de vérification, avec les garanties qui s'y rattachent », notamment celle pour la personne qui produit l'acte d'état civil d'apporter tout élément complémentaire à l'appui de ses déclarations. C'est ce qu'a rappelé, en ces termes, la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel d'Amiens dans un arrêt du 5 février 2015.⁴

En cas de doute, une levée d'acte auprès des autorités étrangères compétentes peut permettre de vérifier la conformité des actes d'état civils produits, au regard de la législation locale, et donc des dispositions de l'article 47 du code civil.

2.2. Sur la valeur de l'évaluation socio-éducative

Dans l'hypothèse où le jeune dépose une requête directement auprès du juge des enfants après que le conseil départemental ait refusé sa prise en charge, le magistrat devrait disposer de l'évaluation socio-éducative sur le fondement de laquelle le conseil départemental a pris sa décision, afin de mettre l'ensemble des éléments dans le débat judiciaire.

L'évaluation d'un mineur isolé étranger, préalable à son entrée dans le dispositif de protection de l'enfance, ne saurait se résumer à privilégier majorité ou minorité, mais doit aussi permettre de déterminer ses besoins en matière de protection, ainsi que l'urgence de sa prise en charge. Elle doit conduire à déterminer le degré d'isolement du jeune étranger, ainsi que les éléments spécifiques de vulnérabilité qui appellent à une protection particulière.

Le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale N° 6⁵ indique que « ce processus d'évaluation devrait être mené dans une atmosphère amicale et sûre par des

³ CE 23 juillet 2010, Moundele, n° 329971

⁴ CA Amiens 5 février 2015, n°14/03740

⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation générale No. 6, traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (Trente-neuvième session 2003) U.N. Doc. CRC/GC/ 2005/6 (2005)

professionnels qualifiés maîtrisant des techniques d'entretien adaptées à l'âge et au sexe de l'enfant. »

Il précise : *« Cette détermination requiert, entre autres, d'évaluer l'âge – opération qui ne devrait pas se fonder uniquement sur l'apparence physique de l'individu mais aussi sur son degré de maturité psychologique. Cette évaluation doit en outre être menée scientifiquement, dans le souci de la sécurité de l'enfant, de manière adaptée à son statut d'enfant et à son sexe et équitablement, afin de prévenir tout risque de violation de l'intégrité physique de l'enfant ; cette évaluation doit en outre se faire avec tout le respect dû à la dignité humaine et, en cas d'incertitude persistante, le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé – qu'il convient de traiter comme un enfant si la possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur ».*

La circulaire interministérielle relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels (NOR : JUSF1602101C) du 25 janvier 2016, qui reprend et précise les termes de la circulaire du garde des Sceaux du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (NOR : JUSF1314192C) indique en outre dans son protocole d'évaluation, qu'*« il conviendra de prendre garde aux stéréotypes »*. En ce sens les termes de ces circulaires appellent à la vigilance sur la qualité de la formation pluridisciplinaire des évaluateurs et la nécessité de mener dans les situations complexes des évaluations plurielles ou de recueillir l'avis de plusieurs évaluateurs.

Dans cet objectif, le Défenseur des droits rappelle les termes de sa décision du 21 décembre 2012⁶ dans laquelle il recommande que ce processus d'évaluation soit guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant et soit mené de manière bienveillante, par des professionnels qualifiés, assistants de service social ou éducateurs spécialisés ayant reçu une formation complémentaire à la problématique des mineurs isolés étrangers et maîtrisant les techniques d'entretien adaptées à l'âge, au sexe de l'enfant, en présence, dès que cela s'avère nécessaire, d'un interprète.

Le Défenseur des droits recommande dans la mesure du possible, dans les cas où il existe un doute sur la minorité, une double évaluation par des évaluateurs ayant des profils professionnels différents, dont au moins un travailleur social diplômé d'Etat, pour permettre de confronter les avis sur un jeune et sur la compatibilité entre l'âge allégué et les conclusions des évaluateurs.

Le recueil administratif d'urgence de 5 jours durant lesquels le jeune, même s'il est sous la responsabilité du conseil départemental, est à la charge financière de l'Etat, devrait être mis à profit pour organiser plusieurs entretiens. La mise à l'abri peut en effet, contribuer à une mise en confiance et un apaisement du jeune, propice à une plus grande sincérité dans les propos. Ainsi, il semblerait opportun de procéder à l'entretien d'évaluation, non pas à l'arrivée du jeune mais après, a minima, une journée de repos, le premier entretien pouvant ainsi être axé sur les explications des procédures à venir. Les conditions de réalisation de l'évaluation réalisée (mise à l'abri, pluridisciplinarité, pluralité d'entretiens...) devraient être précisées au magistrat pour lui permettre d'apprécier la portée des conclusions.

Il sera rappelé que conformément à l'article 1183 du code de procédure civile, afin de l'éclairer si besoin dans sa prise de décision, le juge *« peut ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure d'investigation et d'orientation éducative »*.

⁶ Décision de recommandation générale du Défenseur des droits MDE 2012-179 du 21 décembre 2012

Le temps de ces investigations complémentaires, le juge des enfants peut, en cas de danger pour le jeune migrant, le confier provisoirement aux services de l'aide sociale à l'enfance, en attente d'une audience, conformément aux articles 375-3 et 375-5 du code civil.

2.3 - Sur l'expertise médicale d'évaluation de l'âge

La circulaire du garde des Sceaux du 31 mai 2013 précitée, dont les termes sont repris et précisés par la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016, indique que l'évaluation de la minorité doit s'appuyer sur la « *combinaison d'un faisceau d'indices* », tout d'abord sur les entretiens conduits avec l'intéressé puis sur la vérification de l'authenticité des documents d'état civil, soulignant que l'expertise médicale de l'âge ne peut intervenir qu'en cas de doute persistant et en dernier recours : « *si le doute persiste au terme de cette étape et seulement dans ce cas, il peut être procédé à une expertise médicale de l'âge sur les réquisitions du parquet.* »⁷

Le rappel de cette exigence se trouve justifié par la nécessité de recourir à des moyens d'évaluation de l'âge les moins invasifs possibles pour un mineur en situation d'extrême fragilité et par l'absence de fiabilité avérée de l'expertise médicale.

La détermination de l'âge par examen osseux est une expertise très contestée quant à sa fiabilité, dans la mesure où elle comporte une marge d'erreur importante. En effet, cette technique d'expertise a été établie au début du 20^{ème} siècle à partir des caractéristiques morphologiques d'une population nord-américaine aux fins de traitement médical.

Il convient de rappeler ici que les méthodes utilisées pour estimer l'âge d'un jeune migrant, que ce soit par référence à l'atlas de Greulich et Pyle, à la maturation dentaire ou même à l'examen physique, n'ont été élaborées qu'à des fins de traitement médical référant des clichés de caractéristiques moyennes d'une population et non pour estimer l'âge d'un individu.

Ainsi, en 2005, le Comité consultatif national d'éthique, puis en 2007, l'Académie nationale de médecine établissent que rien ne peut certifier qu'un adolescent n'a pas l'âge qu'il déclare alors même que sa maturation osseuse, sa puberté et/ou ses dents de sagesse indiqueraient le contraire⁸.

Plus récemment, l'avis du Haut conseil de la santé publique (HCSP) relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé, rendu le 23 janvier 2014, souligne à ce titre que « *la détermination de l'âge d'un individu lorsqu'il est adolescent ou adulte jeune est imprécise* ».

Le HCSP a réaffirmé que « *les outils dont disposent actuellement les médecins légistes ne permettent pas d'estimer l'âge avec un degré de certitude à la hauteur des enjeux* » et que « *la détermination d'un âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge exact du jeune lorsqu'il est proche de la majorité légale. La détermination d'un âge physiologique sur le seul cliché radiologique est à proscrire* ».

Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU en charge de contrôler la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, constatait déjà avec préoccupation en 2009, que,

⁷ Circulaire du 31 mai 2013 (page 5) et nouvelle circulaire NOR : JUSF1602101C du 25/01/2016 (pages 3 et 8/ annexe 1)

⁸ Ce positionnement a été clairement affirmé par Patrick Chariot, professeur de médecine légale à l'université Paris 13 et chef de l'unité médico-légale de l'hôpital Jean Verdier de Bondy, qui précise « Au-delà d'un âge déclaré de 14 ans, il n'existe pas d'argument médical fondé sur des données publiées pour attester ou suggérer qu'un adolescent n'a pas l'âge qu'il allègue » : Patrick Chariot « Quand les médecins se font juges. La détermination de l'âge des adolescents migrants », *Chimères*, 2011 ; voir aussi « Age osseux. Données médicales récentes, réponses à finalité médicales, *Actualité juridique pénale Dalloz*, 2008

malgré ces avis scientifiques, la France continuait de recourir à l'examen osseux pour déterminer l'âge des enfants. En janvier 2016, le comité a de nouveau fait part de ses préoccupations et a invité la France à mettre un terme à l'utilisation de ces tests comme méthode principale de détermination de l'âge des jeunes migrants⁹.

A cet égard, la Cour de cassation¹⁰ a déjà eu l'occasion de préciser que c'est à bon droit que les juridictions du fond écartaient les résultats d'un examen radiologique pratiqué sur un jeune étranger en raison de son imprécision au profit d'un acte d'état civil authentique.

Au regard des éléments qui précèdent, le Défenseur des droits est résolument opposé à l'utilisation de ces examens médicaux, qui, tels qu'ils sont actuellement pratiqués, sont inadaptés, inefficaces et indignes.

3. Sur la vacance de l'autorité parentale

L'assistance éducative assure la protection de la personne de l'enfant et de ses conditions d'éducation mais n'assure qu'imparfaitement la protection juridique de l'enfant, notamment en ce qu'elle ne permet pas au service à qui le mineur est confié, de prendre des décisions relatives aux actes non usuels de l'autorité parentale (soins médicaux importants, orientation scolaire, formation professionnelle, signature de contrat d'apprentissage, ouverture de compte bancaire etc.).

La question est d'autant plus cruciale que beaucoup de jeunes nécessitent des soins médicaux compte tenu de leur état de santé souvent précaire, et doivent par ailleurs procéder à des démarches administratives liées à leur état civil et à leur situation administrative sur le territoire.

Si le juge des enfants peut prendre des décisions (article 375-7 du code civil) autorisant le service gardien à exercer certains actes ponctuels relevant de l'autorité parentale, l'article 373-2-6 du code civil donne compétence au juge aux affaires familiales pour régler les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

A cet égard, l'article 390 du code civil indique que « *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* ».

Selon l'article 373 du code civil « *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* ».

Ainsi, lorsque le jeune est privé de tout parent en capacité effective d'exercer son autorité parentale, les services de l'aide sociale à l'enfance auxquels le mineur est confié devraient saisir le juge aux affaires familiales afin que leur soit déférée la tutelle du mineur, au titre de l'article 411 du code civil. Il convient à cet égard, de rappeler que le procureur de la République informé d'une telle situation, peut aussi saisir le juge aux affaires familles d'une demande d'ouverture de tutelle.

Si le juge aux affaires familiales en décide ainsi, le président du conseil général devient gardien et tuteur de l'enfant confié. La Cour de cassation a au demeurant estimé que le changement de statut ainsi opéré ne justifiait plus le maintien de la mesure d'assistance éducative, ce qui permet au juge des enfants postérieurement à l'ouverture d'une mesure de

⁹ Comité des droits de l'enfant, Observations finales, France, 29 janvier 2016, CRC/C/FRA/CO/5

¹⁰ C.Cass. 1^{ère} chambre civile, 23 janvier 2008 (n°06-13344).

tutelle de mettre un terme à la procédure d'assistance éducative, sauf intérêt contraire de l'enfant.

Dans ces conditions, et comme l'indique la CNCDH dans son avis du 26 juin 2014¹¹, la mesure d'assistance éducative constitue le préalable à la mise en place d'une tutelle en ce qu'elle permet de s'assurer de la nécessité et de l'opportunité d'une mesure de protection complète et durable.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation du juge des enfants.

Jacques TOUBON

¹¹ CNCDH - Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national. Etat des lieux un an après la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers (dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation - Assemblée plénière – 26 juin 2014