

LA PROTECTION DES MINEURS ISOLÉS ÉTRANGERS

Travail réalisé par Margaux FREDJ et Laura BOURGEOIS sous la direction de Madame le Professeur Marie-Laure NIBOYET et de Me Clara SCHLEMMER-BÉGUÉ, au profit du Groupe d'information et de soutien des immigrés¹.

¹<http://www.gisti.org/index.php>

La situation qui fait l'objet de notre étude est bien connue des pays européens. Pourtant, il n'existe pas de consensus quant au terme exact à employer pour désigner des enfants étrangers arrivant sur le territoire français illégalement et non accompagnés par leurs représentants légaux. Alors que la plupart de la doctrine semble utiliser le terme de Mineurs Isolés Étrangers (MIE), pour Madame PELLETIER, juge aux affaires familiales, le terme de « mineur étranger non accompagné » serait plus adéquat². Aucune définition juridique n'existe en tant que telle en droit français. L'on peut cependant en trouver une au sein du programme en faveur des enfants séparés en Europe, programme selon lequel les « Enfants séparés » sont des enfants de moins de 18 ans se trouvant en dehors de leur pays d'origine, séparés de leurs parents ou de leurs répondants autorisés par la loi ou par la coutume »³. La Cour de Justice de l'Union Européenne a par ailleurs tout récemment formulé ce qu'il fallait entendre par la notion de mineurs non accompagnés dans le cadre du règlement Dublin II⁴. Aux fins de l'application de ce règlement, il convient d'entendre par « mineur non accompagné, des personnes non mariées âgées de moins de dix-huit ans qui entrent sur le territoire des États membres sans être accompagnées d'un adulte qui, de par la loi ou la coutume, en a la responsabilité, tant qu'elles ne sont pas effectivement prises en charge par un tel adulte »⁵.

Le terme non accompagné ou isolé permet de mettre en lumière le fait que ces enfants se retrouvent livrés à eux même, privés non seulement de représentants légaux mais plus largement de toute famille. Partant, ils se retrouvent également face à un danger caractérisé.

Le dispositif de protection de l'enfance dont semblent pouvoir bénéficier ces mineurs est en grande partie confié aux départements par l'intermédiaire des services de l'aide sociale à l'enfance (ASE). À cet égard, il est possible de constater qu'au sein même du territoire de la république, il existe une disparité au niveau des départements. En effet, le dossier de presse du 28 octobre 2011 communiqué par le département de l'Ille et Vilaine et relatif à la prise en charge des mineurs isolés étrangers nous montre que 1637 MIE étaient, à cette époque, présents sur le territoire de Paris contre 294 par exemple sur le département de l'Ille et

² Cf, entretien avec Madame PELLETIER, le juge aux affaires familiale, en annexe.

³ Programme disponible sur :

http://www.infomie.net/IMG/pdf/Programme_en_faveur_des_enfants_sepres_en_Europe_HCR_Save_the_Children.pdf

⁴ Règlement CE n° 343/2003 du 18 février 2003

établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (Dublin II)

⁵ CJUE, 6 juillet 2013, MA, n° C-648/11.

Vilaine⁶. Face à l'importance de ces chiffres, il existe malheureusement d'importantes difficultés de financement des services de l'aide sociale à l'enfance, car celui-ci est en totale inadéquation avec la mesure de la situation et les besoins de protection des mineurs qui leurs sont confiés. À titre d'exemple, le département de Paris n'a de cesse d'augmenter le financement de ses services d'aide sociale à l'enfance.

Il est intéressant, pour tenter de cerner ce phénomène, de s'interroger sur les raisons du départ de ces mineurs. Ils ont le plus souvent quitté leur pays pour des raisons économiques, familiales, ou encore politiques. Leur départ a parfois été effectué avec le consentement et l'aide de leurs parents, en leur fournissant par exemple l'argent nécessaire pour bénéficier de l'aide d'un passeur. Certains d'entre eux sont également venus en France par leurs propres moyens. La plupart de ces enfants atteint la France après avoir traversé différents pays d'Afrique puis l'Espagne. Ce voyage s'effectue dans des conditions extrêmement difficiles à vivre pour tout être humain mais qui s'avèrent très dangereuses et préoccupantes lorsqu'il s'agit d'enfants mineurs. Après un si long périple, certains sont simplement emmenés à l'aéroport de Roissy ou à une gare par leurs passeurs, avec pour seule indication l'adresse du service de l'ASE le plus proche.

Cependant, parfois, l'ASE refuse de les prendre en charge en contestant leur minorité. Dans certains cas également, bien qu'ayant accepté de les prendre en charge en les plaçant dans des hôtels (pour les plus âgés d'entre eux), l'ASE n'intervient pas *a posteriori* pour ces MIE. En effet, nous avons pu constater en assistant à l'une des permanences organisées par le GISTI que certains éducateurs refusent de signer les formulaires nécessaires à l'inscription dans un établissement scolaire. À charge pour le GISTI de signer ces documents en espérant que l'établissement scolaire accepte d'inscrire ces enfants. En d'autres termes, les services de l'ASE se contentent parfois, et cela surtout pour les mineurs les plus âgés, d'« offrir » une protection *a minima*, qui suffit à peine à garantir la survie de ces mineurs.

De plus, à moins que l'ASE n'ait demandé une délégation de l'autorité parentale ou la tutelle relativement à ces enfants, ils se retrouvent privés de toute existence juridique. En effet, les lacunes juridiques dont il sera fait état dans cette étude ont pour conséquence

⁶ Communiqué de presse disponible sur : http://infomie.net/IMG/pdf/Dossier_de_presse_MIE_Ile_et_vilaine.pdf

intolérable que ces mineurs sont purement et simplement privés d'un accès à la justice pleine et efficace et donc, du droit de faire valoir leur droit à une protection devant un juge.

La situation des MIE fait place à deux conceptions qui s'affrontent, d'une part le fait de privilégier la protection des mineurs étrangers en danger, et d'autre part le raisonnement qui conduit à faire prévaloir la gestion des flux migratoires⁷. Cependant, comme le souligne Sylvie Bernigaud, « opposer les problématiques issues de l'immigration à celle de la protection des mineurs laisse place à une vision très réductrice de la gestion de ce conflit d'intérêts »⁸.

Le GISTI⁹ a fait appel à nous dans l'espoir que nous lui apportions des moyens juridiques susceptibles d'améliorer la situation des mineurs étrangers isolés et ce, plus précisément, sur deux volets distincts. D'une part, il s'agit de tenter d'octroyer un représentant légal à ces mineurs pour qu'ils puissent à la fois accomplir certains actes de la vie courante (tels qu'une inscription scolaire par exemple) et d'autre part, cela correspond au second volet, pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits et notamment le droit à une protection et à une prise en charge effective par les services de l'aide sociale à l'enfance.

En tout état de cause, le mineur isolé étranger reste avant tout un mineur, qui a ce titre doit bénéficier à la fois d'une protection adéquate mais également d'une représentation qui lui permette de faire valoir ses droits devant les différentes juridictions nationales voire supranationales.

C'est pourquoi face à une protection des mineurs étrangers isolés manquant clairement d'effectivité (I), il convient de s'interroger sur les différentes pistes à leur portée pour faire appliquer une protection pourtant rendue obligatoire tant au niveau interne qu'au niveau international (II).

I L'absence de protection effective des mineurs étrangers isolés résultant d'un système de protection de l'enfance inadapté

⁷S. Bernigaud, « quels droits pour le mineur étranger isolé ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006 p. 545

⁸*Ibid.*

⁹ Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés

§1 Le système français de la protection de l'enfance

Le système de protection de l'enfance en France possède un double volet, il confie en effet les mineurs en difficulté à la fois au Service de l'aide sociale à l'enfance, placée sous le contrôle du président du conseil général (volet administratif) et au juge des enfants (volet judiciaire). Ces deux volets combinés offrent une protection à l'enfant en danger.

S'agissant du volet administratif, depuis 1945, le dispositif de protection de l'enfance a été alimenté par de nombreuses lois. La dernière en date du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance n'a pas supprimé le dispositif antérieur mais a tenté de le clarifier et de l'améliorer¹⁰.

L'article 112-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles (CASF), issu de la loi du 5 mars 2007, dispose que « la protection de l'enfance a pour but de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant selon des modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge partielle ou totale des mineurs. Elle comporte à cet effet, un ensemble d'intervention en faveur de ceux-ci et de leurs parents ».

Au regard de cette loi, le conseil général, à travers le service de l'aide sociale à l'enfance (ASE), apparaît comme l'acteur principal de la protection de l'enfance (article L226-3 CASF).

Conformément à l'article L223-2 du CASF, « sauf si un enfant est confié au service par décision judiciaire ou s'il s'agit de prestation en espèce, aucune décision sur le principe ou les modalités de l'admission dans le service de l'aide sociale à l'enfance ne peut être prise sans l'accord écrit des représentants légaux ou du représentant légal du mineur ou du bénéficiaire lui-même s'il est mineur émancipé ». Selon cet article, en principe, seul le représentant légal peut demander à ce qu'une mesure de protection administrative soit mise en place. Cependant, une exception à ce principe apparaît à l'alinéa 2 du même article qui dispose en effet qu' « en cas d'urgence et lorsque le représentant légal est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la république ». Dans l'hypothèse où le représentant légal du mineur n'a pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de 5 jours, il appartient donc au

¹⁰A. Gouttenoire, La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, à la recherche de nouveaux équilibres, *RD* 2007 p. 1090

service de l'ASE de saisir l'autorité judiciaire afin que soit activé le volet judiciaire de la protection de l'enfance.

Le mineur peut donc bénéficier directement d'une prise en charge par le service de l'ASE¹¹, à charge pour cette dernière de saisir l'autorité judiciaire.

Concernant la protection judiciaire des mineurs, les articles 375 et suivants du Code Civil organisent le régime de cette protection. Selon l'article 375, la protection judiciaire est mise en place « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger¹², ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises ». Le juge des enfants pourra donc sur ce fondement ordonner des mesures d'assistance éducative.

En application du même texte, quatre personnes sont aptes à saisir le juge des enfants aux fins de voir appliquer ces mesures d'assistance éducative (prévues aux articles 375-3 et 375-4) à l'issue de la procédure prévue aux articles 1181 et suivants : le parquet, le service en charge du mineur, le mineur lui-même ou le ministère public. En outre, le juge des enfants a également la possibilité de se saisir d'office et peut, conformément à l'article 375-5 du Code Civil, ordonner ces mesures d'assistance éducative à titre provisoire, donc en dehors de toute audition préalable des parties. Cependant, dans cette hypothèse, ces mesures ne peuvent être prises que pour une durée de 6 mois¹³.

Le procureur de la république du lieu où se trouve le mineur lui-même, en cas d'urgence, a tout comme le juge des enfants la faculté de prononcer de telles mesures à titre provisoire.¹⁴

L'article 375-3 dispose que le juge des enfants peut décider de confier le mineur « à l'autre parent ; à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ; à un service départemental de l'ASE ; à un service ou à un établissement habilité pour l'accueil de mineurs à la journée ou suivant toute autre modalité de prise en charge ; à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé ». Dans l'hypothèse d'enfants totalement isolés, le juge confiera le plus souvent ces enfants au service de l'ASE.

¹¹ Selon l'article L221-1 du CASF, la prise en charge du mineur par le service d'ASE consiste à lui « apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique ».

¹² Sur la notion de danger, l'article L112-3 du CASF dispose que « la protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge ».

¹³ Ce délai de 6 mois peut être prorogé une fois conformément à l'article 1185 du Code de Procédure Civile.

¹⁴ Article 375-5 du Code Civil dispose qu' « en cas d'urgence, le procureur de la république du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. »

Concernant la représentation légale de l'enfant mineur, conformément à l'article 375-7 du Code Civil, « les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure ». La mesure d'assistance éducative ne transfère donc pas l'autorité parentale à la personne ou au service à qui a été confié l'enfant. Il est donc nécessaire que cette personne ou ce service demande soit une délégation de l'autorité parentale, soit la tutelle sur l'enfant.

Il est à préciser que l'irrégularité de la situation du mineur sur le sol français n'est en aucun cas un frein à l'application d'une délégation de l'autorité parentale¹⁵.

S'agissant de la procédure de tutelle, la convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, à laquelle la France est partie, permet aux autorités françaises de prononcer une mesure de tutelle à l'égard de tout mineur résidant en France, quelle que soit sa loi nationale¹⁶.

Dès l'instant où les parents de l'enfant sont privés de l'exercice de l'autorité parentale en application de l'article 373 du Code Civil¹⁷, la tutelle est ouverte (article 390 du Code Civil). La formulation de l'article 390 du Code Civil laisse à penser que la tutelle s'ouvre de manière quasi automatique. Nous verrons plus loin dans cette étude que cela ne semble, en fait, pas être le cas.

Dans le cadre de l'administration légale, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'un des deux parents aurait conservé l'autorité parentale sur l'enfant, le juge des tutelles¹⁸ peut être saisi par les parents ou alliés ou bien également par le ministère public. Il peut également se saisir d'office aux fins d'ouverture de la tutelle (article 391 du Code Civil). Si nul parent ou proche du mineur n'est susceptible d'assumer la charge de la tutelle, cette dernière est déclarée vacante et le juge des tutelles la défère à la collectivité publique compétente en matière d'aide sociale à l'enfance (article 411 du Code Civil).

¹⁵ CA, Aix-en-Provence, 11 mai 2007, n°2007/152

¹⁶ Article 5 al. 1 : « Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens. » Article 15 : « Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi. »

¹⁷ « 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 chose ».

¹⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2010, c'est le ou la juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance qui exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs, article 213-3-1 du Code de l'Organisation Judiciaire.

Tout semble converger vers un seul et unique acteur : l'ASE. Pour ce qui a trait à la protection administrative des mineurs, l'ASE est la première à prendre une mesure et, concernant cette fois la protection judiciaire des mineurs, l'enfant sera le plus souvent confié à l'ASE par le juge.

Il est par ailleurs important de préciser que le système de protection de l'enfance a entièrement vocation à s'appliquer aux mineurs isolés même étrangers. En effet, la Cour de Cassation a d'ores et déjà affirmé qu'aucune condition de nationalité n'était requise pour qu'un mineur entre dans le processus de protection de l'enfance¹⁹. Plus récemment, la Cour d'Appel de Lyon a également repris cette idée en considérant qu'« il ne peut être discuté que les autorités administratives et judiciaires doivent, tant par application des conventions internationales (et notamment de la convention de la Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, et de la convention de New-York relative aux droits de l'enfant, en date du 26 janvier 1990) que du droit interne, assurer la protection des mineurs se trouvant sur le sol français quelle que soit leur nationalité »²⁰.

Malgré cela, il apparaît clairement que le système de protection de l'enfance français est incomplet, il ne s'adapte pas en effet, au cas des mineurs étrangers isolés. Ce système n'a pas été créé pour des enfants sans « famille » (au sens où cette dernière n'est pas présente sur le territoire Français) mais pour des familles défailtantes et des orphelins qualifiés de pupille de l'État français, pour lesquels il existe un régime précis. Cela conduit donc à une certaine disparité de traitement entre les mineurs isolés étrangers et les mineurs isolés français.

§2 Un système complexe et difficilement adaptable au cas des mineurs isolés étrangers

Ainsi, l'on a constaté que de nombreux protagonistes pouvaient intervenir dans le cadre du système de la protection de l'enfance, notamment : le juge des enfants, le juge des tutelles, le juge administratif, et l'aide sociale à l'enfance. Si la diversité des intervenants peut constituer une garantie de protection, tel n'est pas le cas en ce qui concerne les MIE (A). D'ailleurs, l'absence d'initiative d'un seul des protagonistes semble pouvoir aboutir au blocage total du système (B).

¹⁹Cass. Crim. 4 novembre 1992, pourvoi n°91-86-938.

²⁰ CA, Lyon, Chambre spéciale des mineurs, 18 juin 2001, n°125/01

A/ En droit : une pluralité d'intervenants paradoxale compte tenu de l'absence de protection

Tandis que les possibilités d'intervention sont multiples, le constat qui s'impose est souvent celui de l'absence d'intervention.

Tout d'abord, concernant les mesures d'assistance éducative pouvant être prises par le juge des enfants en raison de la situation de danger dans laquelle se trouve le MIE, l'obstacle devant lequel se trouve le MIE est en fait aussi simple qu'insurmontable : le refus d'intervention de la part de ce juge. En effet, dans le cas d'une telle demande, c'est au juge qu'il revient d'apprécier le danger invoqué. Ce dernier peut donc rejeter la demande s'il estime que le danger n'est pas caractérisé.

Un autre exemple peut être trouvé dans l'absence d'intervention du juge aux affaires familiales, en charge des mesures de tutelle des mineurs. *Elle* fait plus suite à une absence de réponse qu'à un refus exprès d'intervention. Les conditions de la saisine du JAF étant floues, l'absence d'initiative de sa part aura pour conséquence une absence de mesures au profit du mineur. L'inertie du JAF participe ainsi de l'absence d'intervention globale en faveur du MIE, même si l'on verra que c'est dans la collaboration de ce juge que semblent se trouver les plus grandes chances de progrès.

Peuvent encore être énumérées deux manifestations criantes et complémentaires des lacunes juridiques faisant obstacle à l'effectivité de la protection des MIE.

D'une part, le juge administratif invoque le défaut de capacité à agir du MIE pour refuser d'accueillir la requête en référé-liberté qu'il a formée. C'est en effet la position retenue par le Conseil d'État, qui statue en ces termes : « 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 »²¹. L'on pourra relever au passage qu'il est justement dérogé au principe de l'incapacité à agir du mineur, aux fins de lui ouvrir la possibilité de demander des mesures de protection, mais devant le juge judiciaire²² !

D'autre part, la demande de désignation d'un administrateur *ad hoc* se voit mise en échec par le JAF au motif que la condition d'une opposition d'intérêts entre le mineur et son

²¹ CE 30 décembre 2011 Lassana B

²² Article 375 C.Civ

représentant légal, requise par l'article 389-3 du Code Civil, n'est pas remplie, faute de représentant légal... L'on perçoit alors clairement l'impasse dans laquelle se trouve le MIE : tandis que le mineur ne peut pas agir devant le premier faute de capacité à agir, il ne peut pas agir devant le second pour obtenir la possibilité d'agir devant le premier, faute de représentant légal ! Et si, comme on le verra, un remède à cette situation semble pouvoir se trouver dans la saisine d'office du JAF qui lui permettrait d'ouvrir une tutelle et de désigner un représentant légal, encore faut-il, par définition, que le juge décide de se saisir.

B/ En fait : un intervenant unique empêchant à lui seul toute protection par son refus d'intervenir

De nombreuses voies sont, dans les textes, disponibles pour assurer la protection du MIE. Cependant, parmi elles, certaines reposent sur l'initiative de l'ASE, de sorte que la simple abstention de l'ASE paralyse l'ensemble du système.

À titre d'illustration, les MIE pourraient, du fait de l'urgence, être recueillis provisoirement par le service de l'ASE selon l'article 223-2 du Code de l'Action Sociale et des Familles. Cependant, pour des raisons diverses et variées, que ce soit parce qu'ils ne considèrent pas les MIE comme leur priorité ou plus simplement parce que leurs ressources, humaines et financières, ne sont pas à la hauteur de leurs besoins, de nombreux départements ne mettent pas en œuvre le dispositif.

De la même manière, c'est au service en charge de l'enfant de saisir le JAF pour obtenir une délégation d'autorité parentale. Mais cette faculté est rarement exercée par l'ASE. À l'avis d'une JAF, ceci est en partie dû à des raisons pratiques. En effet, sans l'adresse des parents du MIE (non communiquée parce qu'inconnue du MIE, ou par peur), la décision ne peut pas leur être notifiée. De plus, les coûts de traduction sont élevés.

Ainsi, le fait que l'intervention positive de l'ASE soit nécessaire pour que la mise en œuvre de la protection ait lieu est un élément qui contribue fortement à l'ineffectivité des droits conférés par les textes aux MIE.

Face à la complexité du système dont sont censés bénéficier les MIE, se pose la question de savoir quelles actions pourraient être entreprises afin de remédier à la situation difficile dans laquelle ils se trouvent. L'on verra qu'il ne s'agit pas d'abandonner les voies qui jusqu'à présent n'aboutissent pas, mais de les mettre à profit d'une manière nouvelle.

II Les recours visant à assurer une protection effective des mineurs isolés étrangers et le respect des obligations internes et internationales de l'État français

Il conviendra de voir que les actions pouvant être entreprises sont de deux sortes et que, si des recours devant les juridictions nationales sont possibles (§1) et peuvent paraître plus familiers, un recours devant le juge européen de la Cour Européenne des Droits de l'Homme peut également être envisagé (§2).

§1 Les recours devant les juridictions nationales

Comme il a été mentionné plus haut, les recours devant les juridictions nationales sont divers. Ils ont leurs particularités (A), mais aussi leurs points communs (B), tels que la possibilité non négligeable de fournir un cadre à l'invocation de textes de droit international et européen.

A/ Les éléments propres aux voies administrative et judiciaire

Chaque recours supposé disponible dans les ordres judiciaire (1) et administratif (2) dispose de ses propres conditions d'ouverture et objectifs.

1) La voie judiciaire

Il y a lieu de rappeler les pistes traditionnellement empruntées dans le but de remédier à la situation des MIE, ceci afin de mieux en cerner les failles et d'en faire un usage nouveau.

a) La demande de protection adressée au juge des enfants

En premier lieu, il convient de mentionner la possibilité pour le juge des enfants d'ordonner des mesures d'assistance éducative au profit du MIE.

- Les nombreuses dispositions protectrices consacrées

Selon l'article 375 du Code Civil, « 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, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public ». Ces mesures peuvent donc être demandées par le mineur lui-même (vraisemblablement assisté dans sa démarche), dès lors qu'il dispose d'un discernement suffisant²³. Le juge des enfants peut même se saisir d'office à titre exceptionnel.

²³Cass. Civ. 1ère 21 novembre 1995

Les articles suivants du même Code prévoient expressément que le juge doit toujours se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant, et qu'il a la possibilité de confier l'enfant à un service départemental de l'ASE si sa protection l'exige²⁴.

- Les limites de la protection consacrée et l'absence de mise en œuvre des mesures de protection possibles

Cependant, cette protection souffre de trois limites importantes.

Tout d'abord, la protection assurée par le juge des enfants au titre des mesures d'assistance éducative est provisoire. Ces mesures ne peuvent en principe excéder deux ans et, lorsqu'il est fait exception à ce principe, un délai limite doit néanmoins être prévu.

Ensuite, il ressort du texte que cette première piste envisagée pour assurer une protection effective des MIE n'a pas été « pensée » pour eux. En effet, l'article 375-7 du Code Civil dispose que : « le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale *en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale (...)* ». L'on peut noter que les cas de l'absence ou de l'éloignement du titulaire de l'autorité parentale ne sont pas mentionnés comme circonstances permettant l'autorisation d'exercer un acte relevant de l'autorité parentale.

Enfin et surtout, comme il a été vu, cette protection peut être refusée s'il est estimé que le mineur isolé étranger n'est pas en danger.

b) La protection par l'intervention du Juge aux Affaires Familiales

Mises à part les hypothèses de danger et la protection par le biais des mesures d'assistance éducative, l'ensemble des mesures visant à assurer la protection des mineurs a été confié au soin du JAF par la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Cependant, la mise en œuvre des moyens dont dispose le JAF n'est pas chose acquise.

- La délégation d'autorité parentale

Selon l'article 377 du Code Civil, il appartient au JAF de statuer en matière de délégation d'autorité parentale à la demande du particulier, de l'établissement ou du service de l'ASE qui a recueilli le mineur. Mais, comme il vient justement d'être énoncé, cette délégation, qui aurait pu permettre de réaliser divers actes au profit du MIE, ne peut intervenir que si elle a

²⁴ Article 375-3 du Code Civil

été demandée par l'ASE. Or, notre hypothèse étant celle du refus de prise en charge par l'ASE, le MIE est bien dans une impasse, car l'ASE ne fera pas cette demande. Par ailleurs, comme il a été vu, pour des raisons pratiques, même dans les cas où l'ASE est disposée à prendre en charge le MIE, cette voie n'est pas celle qu'elle privilégie.

- La désignation par le JAF du GISTI en tant qu'administrateur *ad hoc* habilité à former la requête en référé-liberté visant à la prise en charge du mineur par l'ASE

Selon l'article 388-2 du Code Civil, lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles, dans les conditions prévues à l'article 389-3, lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter. Le JAF peut être saisi d'une telle demande par le représentant légal du mineur, le ministère public ou le mineur lui-même. Il peut également procéder d'office à cette désignation. La qualité d'administrateur *ad hoc* n'est pas réservée à une catégorie d'individus en particulier et peut être conférée à toute personne intéressée, proche du mineur.

Fort de ces dispositions, le GISTI a déjà prêté main forte à un MIE pour saisir le JAF d'une telle demande, mais ce dernier a refusé d'y faire droit au motif que le conflit d'intérêts entre le mineur et son représentant n'était pas caractérisé, du fait de l'absence de représentant légal. Ainsi, ce recours figure sur la liste des recours ineffectifs à la disposition du MIE.

Cette solution ne relève pas de l'évidence et peut choquer, notamment pour deux raisons. D'une part, le refus quasi-dogmatique du JAF de faire droit à la demande de désignation d'un administrateur *ad hoc* ne paraît pas incontestable au vu des textes et de la jurisprudence pertinente en la matière. En effet, la Cour de Cassation a eu l'occasion de déclarer que les dispositions de l'article 388-2 du Code Civil et le pouvoir du juge des tutelles de désigner un administrateur *ad hoc* avaient une portée générale²⁵. De même, elle a pu énoncer que l'appréciation de l'existence d'une opposition d'intérêts entre l'administrateur légal et le mineur relevait du pouvoir souverain du juge des tutelles²⁶. Enfin, l'article 388-2 du Code Civil est formulé de manière plus souple que l'article 389-3. En effet, selon le texte, le juge a la faculté de désigner l'administrateur *ad hoc* dès lors que les intérêts du mineur *apparaissent* en opposition avec ceux de ses représentants légaux dans une procédure, sans que l'opposition ait effectivement été constatée par le juge. Ainsi, compte tenu de la tendance de la Cour de Cassation et des textes à se satisfaire de l'appréciation souveraine des juges du fond et d'une

²⁵Cass. Civ 1ère 25 octobre 2005

²⁶Cass. Civ 1ère 25 octobre 2005

apparence d'opposition, il semble que l'objectif soit de faciliter la désignation, ce qui ne correspond pas à la solution rapportée.

D'autre part, cette solution paraît d'autant plus inopportune qu'elle contraste très fortement avec la consécration expresse du droit du mineur à être entendu lors de la procédure devant le JAF. Le refus de la part du JAF de désigner un administrateur *ad hoc* afin de permettre à un mineur d'être entendu dans le cadre d'une requête en référé liberté est en effet surprenant lorsqu'on le met en comparaison avec les dispositions, même nationales, consacrant le droit du mineur à être entendu. Celles-ci sont nombreuses et semblent manifester une volonté particulièrement explicite de consacrer et faire respecter ce droit. À titre d'exemple, l'on pourra citer l'article 338-4 du Code de Procédure Civile qui dispose que lorsqu'une demande d'audition est formée par le mineur, le refus ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas. D'autres dispositions tendent à consacrer ce droit, que ce soit en le proclamant²⁷ simplement ou même en prévoyant expressément l'absence de condition de forme de la demande d'audition²⁸.

Ainsi, certains arguments paraissent pouvoir être invoqués à l'encontre du refus de désignation d'un administrateur *ad hoc*.

Néanmoins, ces propos peuvent être sérieusement nuancés. En effet, il convient également de recenser les arguments opposés par la JAF à la désignation d'un administrateur *ad hoc* dans ce cas, tels que cette dernière a bien voulu les restituer : au sens des textes, le conflit d'intérêts est nécessaire et doit être constaté entre le mineur et son représentant légal. Selon elle, admettre une telle désignation dans le but de former une action en référé-liberté au motif que le représentant légal désigné serait inévitablement l'ASE serait « faire dire à la loi quelque chose qu'elle ne dit pas ». Pour elle, il s'agit d'une interprétation erronée et inacceptable. Elle maintient d'autant plus sa position qu'à ses yeux, son refus de désigner un administrateur *ad hoc* ne rend pas impossible la requête en référé-liberté. En effet, celle-ci pourra intervenir du moment qu'une tutelle aura préalablement été ouverte, dans les conditions décrites plus bas.

Elle admet néanmoins que le cas particulier des MIE n'est pas envisagé dans sa spécificité par les textes. Cependant, plutôt qu'une interprétation extensive et selon elle incorrecte de la loi, elle pense que la solution se trouve dans la création d'un nouveau texte, qui prévoirait un

²⁷ Article 388-1 du CPC : Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande.

²⁸ Article 338-2 du CPC : La demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel.

nouveau statut non pas d'administrateur *ad hoc* mais de représentant provisoire, à même de prendre des décisions au nom du mineur en cas « d'impossibilité pour les parents de manifester leur volonté », dans des termes similaires à ceux de l'article 390 du Code civil concernant la tutelle. Ce représentant provisoire pourrait réaliser les actes nécessaires de la vie courante du mineur jusqu'à ce que le conseil de famille soit constitué ou que la tutelle soit déclarée vacante et déferée à l'ASE (car même dans le cas où une tutelle serait bien ouverte, l'ouverture prend un minimum de temps pendant lequel le mineur resterait bien sans représentant légal). A défaut de texte prévoyant expressément la désignation d'un tel représentant provisoire, pourrait également être avancée l'idée que, de la même manière que l'article 416 pourrait être interprété largement pour permettre la saisine d'office du JAF, il pourrait servir de fondement à la désignation d'un représentant provisoire. En effet, si l'on admet que le JAF peut prendre toute mesure au titre de son devoir de surveillance générale des tutelles, et notamment se saisir d'office, l'on pourrait admettre qu'il prenne une mesure provisoire pour attribuer au mineur un représentant légal, le temps que la tutelle soit confiée à une personne déterminée.

- L'ouverture d'une tutelle par le JAF

Selon l'article 390 du Code Civil, la tutelle s'ouvre quand les père et mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Selon l'article 373 du même Code, sont privés de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui sont hors d'état de manifester leur volonté, en raison de leur incapacité, de leur absence ou de toute autre cause. La combinaison de ces deux articles implique que le JAF peut désigner un tuteur à un mineur étranger dont les parents sont décédés ou éloignés et donc incapables de manifester leur volonté. Cette possibilité va dans le sens de la facilitation de l'ouverture de la tutelle, et fait ainsi écho à l'article 394 du Code Civil qui en fait une charge publique et une protection due à l'enfant.

Selon l'article 411 du Code Civil, la tutelle est déferée à l'ASE quand elle est vacante. En d'autres termes, dès lors que la tutelle ne peut être exercée par la famille du mineur ou par l'un de ses proches, celle-ci est censée être déferée à l'ASE.

Mais la simplicité et l'automatisme de l'ouverture de la tutelle, telles qu'elles ressortent des termes de l'article 390 du Code Civil, contrastent singulièrement avec l'absence totale de précision concernant la marche à suivre. Alors que le texte semble prévoir une ouverture quasi-automatique de la tutelle lorsque les circonstances énoncées par le texte sont réunies, il ne dit pas comment obtenir la constatation d'une telle ouverture.

En réalité, les circonstances de la saisine du JAF ne sont pas claires.

En effet, l'article 391 du Code Civil, qui énonce que celui-ci peut se saisir d'office ou être saisi par un parent ou par le ministère public, limite son champ d'application au domaine de l'administration légale. Or, il ressort des articles 389 et suivants du même Code que l'administration légale n'a lieu d'être que si au moins un titulaire de l'autorité parentale est en mesure de l'exercer, ce qui n'est pas le cas ici. Dès lors, l'article 391 n'est pas pertinent pour déterminer qui peut saisir le JAF d'une demande de tutelle au profit d'un MIE.

Dans cette situation, outre la possibilité d'un courrier adressé au Procureur de la République dans l'espoir de la transmission d'un signalement au JAF (qui supposerait la double coopération de ces acteurs et n'est donc pas nécessairement la voie la plus prometteuse), reste la constatation d'une ouverture de plein droit telle que prévue par l'article 390 du Code Civil. Les textes ne précisent cependant pas qui est qualifié pour demander ou faire le constat de l'ouverture de la tutelle. L'article 1217 du Code Civil exclut même clairement l'article 390 du domaine d'application de ses dispositions.

Toutefois, à défaut de règle précise et puisque, par hypothèse, il n'y a pas de représentant à même de saisir le JAF (la requête visant précisément à en faire désigner un), l'on peut supposer qu'il s'agit d'une requête qui peut être formée par tout intéressé. C'est d'ailleurs l'avis de certains membres de la doctrine²⁹. Pour d'autres, et notamment selon une JAF, la saisine d'office figure sans aucun doute parmi les mesures pouvant être prises au nom du devoir de surveillance générale des tutelles qui lui incombe selon l'alinéa premier de l'article 416 du Code Civil. Pour elle, tout intéressé est à même de l'informer par courrier de la situation d'un mineur, compte tenu de laquelle elle pourra, d'office, selon ce devoir de surveillance générale, constater l'ouverture d'une tutelle conformément à l'article 390 du Code Civil.

L'avantage d'une telle demande est que dans les deux cas, que la réponse soit positive ou négative, un progrès pourra être réalisé.

En effet, si le juge constate l'ouverture et procède à la désignation des membres d'un conseil de famille ou plus vraisemblablement de l'ASE en tant que tutrice, le mineur disposera d'un représentant légal. Dès lors, en cas de refus de prise en charge de la part de l'ASE, la désignation d'un administrateur *ad hoc* dans le but de former une requête en référé-liberté pourra cette fois être demandée, conformément à l'article 389-3 du Code Civil, notamment par le mineur lui-même ou d'office par le JAF, car la condition d'une opposition d'intérêts

²⁹ T. Verheyde et Béatrice Kan-Balivet, *Jurisclasseur*, Fascicule 820 : Mineurs – Tutelle des mineurs – Ouverture et fonctionnement.

entre le mineur et son représentant légal sera remplie. C'est en tout cas de cette manière qu'il convient de procéder selon l'avis de la JAF consultée pour les besoins de cette étude.

Et si le juge refuse de constater l'ouverture de la tutelle, il s'agira d'une décision de plus pouvant faire l'objet d'un recours ou permettant de démontrer l'inadéquation du système à la situation des MIE. Cette démonstration serait d'autant plus convaincante que le contraste entre les termes libéraux de l'article 390 et l'éventuel refus serait très prononcé.

Ainsi, la demande de constatation d'une ouverture de tutelle semble constituer une piste particulièrement encourageante. Si elle aboutissait, elle permettrait au mineur d'exercer une requête en référé-liberté devant le juge administratif. Ce deuxième temps, celui de la requête en référé liberté, paraît dès lors accessible et doit donc être envisagé.

2) La voie administrative

Créée par la loi du 30 juin 2000, la requête en référé liberté possède la grande vertu de donner lieu, si elle est recevable, à une décision rendue dans l'urgence³⁰. C'est justement cette urgence qui intéresse particulièrement la situation des MIE et qui leur permettrait de voir le juge administratif ordonner à l'ASE de les prendre en charge dans les plus brefs délais.

L'article L521-2 du Code de Justice Administrative dispose en effet que « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toute mesure nécessaire 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 ».

De cet article se dégagent les trois conditions de fond de l'intervention du juge des référés (b). Cependant, avant tout examen du caractère urgent et de l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, la requête doit être déclarée recevable. Pour cela, le GISTI doit être déclaré administrateur *ad hoc* par le juge judiciaire³¹. Si tel n'est pas le cas, une dérogation au principe de l'incapacité à agir du mineur doit être admise par le juge administratif (a).

a) La recevabilité de la requête en référé liberté

³⁰ L'article L521-2 du Code de Justice Administrative dispose que « le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

³¹ Voir supra.

- Si le GISTI est déclaré administrateur *ad hoc* par le juge judiciaire

Dans une telle hypothèse, la recevabilité de la requête ne poserait plus de difficulté : le GISTI représenterait le MIE au cours de l'instance. Le juge administratif ne pourra qu'admettre la recevabilité de la requête en référé liberté, et après examen des conditions de fond il devrait vraisemblablement conclure à la nécessité pour lui d'obliger l'ASE à prendre en charge le mineur.

La solution que nous avons envisagée plus haut ne reflétant à notre connaissance que la position d'une JAF, nous ne pouvons être assurées du fait que tout JAF accepterait de se saisir d'office suite à une simple lettre l'informant de la situation du mineur. L'article 416 du Code Civil (qui permettrait au JAF de se saisir d'office) n'ayant pas fait l'objet d'une interprétation rendue par la Cour de Cassation qui confirmerait celle donnée par la JAF que nous avons rencontrée, il n'est pas certain qu'une telle demande aboutirait. C'est pourquoi nous estimons que le juge administratif devrait reconnaître au mineur la possibilité de former un recours en référé liberté devant lui, par une dérogation au principe de l'incapacité à agir des mineurs.

- La saisine du juge du référé liberté par le mineur lui-même via la dérogation au principe de l'incapacité à agir

Le juge administratif a d'ores et déjà écarté la recevabilité d'une action en référé liberté au motif de l'incapacité à agir du MIE. Nous soutenons l'instauration d'une dérogation au principe de l'incapacité à agir pour le cas précis des mineurs isolés étrangers qui souhaitent faire respecter leurs droits.

Pour avoir la capacité à agir en justice devant une juridiction administrative (tout comme devant une juridiction judiciaire du reste), la personne physique doit jouir de ses droits civils, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être incapable civilement du fait de son âge (mineur non émancipé) ou de sa situation (majeur protégé placé sous tutelle ou curatelle). La jurisprudence administrative a cependant admis quelques exceptions à ce principe.

En effet, conformément à l'arrêt *Dame Duffau*³², une personne placée d'office dans un hôpital psychiatrique conserve la capacité d'ester en justice. De la même manière, le Conseil d'État a reconnu dans l'arrêt *Poujol* du 10 juin 1959 qu'une personne incapable avait la possibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre une décision affectant « le principe fondamental de la liberté individuelle ». Selon Olivier Gohin, « l'idée justifiée est

³² CE, 10 juin 1976, Dame Duffau : Rec. CE 1976, p. 335.

que s'attachent, en effet, à la personne humaine, des droits irréductibles dont, précisément, la capacité à agir pour assurer la protection de sa propre liberté »³³. Nul doute que la situation dans laquelle se trouve le mineur peut se rapprocher de cette idée, en ce sens que, privé de la capacité à agir, il est de fait privé de la possibilité d'assurer non pas la protection de sa propre liberté mais sa protection en tant que telle.

De plus, au soutien d'une dérogation au principe de l'incapacité du mineur à agir devant les juridictions administratives, il convient de rappeler qu'en matière de protection de l'enfant, le Code Civil prévoit une telle dérogation en lui permettant de saisir le juge des enfants pour la mise en œuvre de mesures d'assistance éducative³⁴. Il incombe uniquement au juge du fond de vérifier que le mineur possède un discernement suffisant pour exercer cette saisine³⁵. La logique voudrait donc que pour la même matière, à savoir la protection de l'enfant, les juridictions tant judiciaires qu'administratives ouvrent leurs saisines aux MIE.

Le Conseil d'État a lui-même admis que le caractère exécutoire d'un refus de titre de séjour n'était pas contredit par la minorité de l'enfant. Pour justifier cette idée, le Conseil d'État a affirmé que le mineur en question « avait atteint un âge le mettant à même, soit de mesurer la portée de la décision qui lui était communiquée, soit d'en transmettre le contenu à son représentant légal »³⁶. Ainsi, le mineur de 16 ans et 11 mois possède selon le Conseil d'État un discernement suffisant pour se voir opposer un refus de délivrance de titre de séjour. Dès lors, pourquoi ne pourrait-il pas conserver ce discernement suffisant pour saisir le juge des référés afin de faire valoir son droit à une prise en charge par l'ASE ?

b) Les conditions de fond du référé liberté

Concernant les conditions de fond du référé liberté, l'article L521-2 du Code de Justice Administrative permet d'en dégager trois³⁷ : d'une part l'urgence, qui représente également la condition commune à tous les référés, d'autre part, l'exercice par une personne morale de droit public (ou privé dans le cadre de la gestion d'un service public) d'un de ses pouvoirs et pour finir, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale par cette personne.

³³ O. Gohin, *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, LexisNexis p. 240.

³⁴ Article 375 du Code Civil.

³⁵ Civ. 1^{re}, 21 nov. 1995, D. 1996. 420, note Gouttenoire.

³⁶ CE, 25 oct. 2000, n°214919

³⁷ O. Gohin, note précitée page 333

En plus d'être une obligation pour le juge, l'urgence constitue donc également l'une des conditions de fond du référé liberté. Cette condition doit en outre être appréciée « objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce »³⁸.

Le mineur isolé étranger privé de prise en charge par l'ASE se retrouve à la rue, sans aucun moyen de subvenir à ses besoins les plus élémentaires. Une telle situation constitue sans aucun doute une situation d'urgence au sens de l'article L521-2 du Code de justice administrative.

S'agissant de l'existence d'une personne morale de droit public exerçant l'un de ses pouvoirs, le service départemental de l'ASE est une personne morale de droit public dont les missions sont définies à l'article L221-1 du CASF.

Concernant l'atteinte grave et manifestement illégale³⁹ à une liberté fondamentale, l'article L221-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles oblige en effet le service de l'aide sociale à l'enfance à prendre en charge les mineurs confrontés à des « difficultés risquant de mettre en danger leur santé, leur sécurité, leur moralité ou de compromettre gravement leur éducation ou leur développement physique, affectif, intellectuel ou social ». Cette obligation légale de l'ASE a vocation à s'appliquer aussi bien aux mineurs français qu'aux mineurs étrangers se trouvant dans une telle situation, sans aucune condition de nationalité⁴⁰.

Ainsi, en refusant de prendre en charge un mineur isolé étranger, l'ASE porte directement une atteinte grave et manifestement illégale à son droit fondamental à une protection.

B/ Les éléments communs aux voies administrative et judiciaire

1) La question prioritaire de constitutionnalité (QPC)

Conformément à l'article 61-1 de la Constitution française de 1958, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Cet article, en créant le nouvel arsenal

³⁸ CE, sect., 28 février 2001, préfet des Alpes-Maritimes c/ société Sud-Est Assainissement, AJDA 2001, 464, chron. Guyomar et Collin.

³⁹ CE, sect., 30 octobre 2001, Min. Intérieur c/ Mme Tliba, AJDA 2001, 1054, chron. Guyomar et Collin.

⁴⁰ Voir supra.

qu'est la question prioritaire de constitutionnalité, ouvre donc au justiciable la possibilité de contester la constitutionnalité de la loi applicable au litige auquel il est partie. À cet égard, il convient de préciser que la notion de justiciable est plus large que celle de citoyen. Une question prioritaire de constitutionnalité peut donc être formée non seulement par un français mais également par toute personne partie à une instance devant les juridictions françaises. Le justiciable en question doit être au moment de la QPC, partie à un litige en cours devant le juge judiciaire, administratif ou financier⁴¹. C'est en effet l'une des conditions à la recevabilité d'une QPC⁴².

La QPC doit être formulée dans un écrit « distinct et motivé » et correspondre à « un argumentaire constitutionnel démontrant que la disposition législative applicable au litige est contraire à l'un des droits et libertés que la constitution garantit »⁴³, c'est-à-dire aux droits et libertés consacrés aussi bien par la Constitution elle-même que par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ou encore par le préambule de la Constitution de 1946. En effet, la « Constitution » s'entend ici de la totalité du bloc de constitutionnalité, pour reprendre l'expression aujourd'hui bien admise du doyen Louis Favoreau.

Concernant les conditions d'examen au fond de la QPC, elles sont issues de l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 et ont été précisées par la décision du Conseil Constitutionnel n°2009-595 DC du 3 décembre 2009. Selon l'article 23-2 de la loi précitée, pour que le Conseil d'État ou la Cour de Cassation renvoie la question au Conseil Constitutionnel, la disposition contestée doit être une disposition législative applicable au litige en cause qui n'a pas été déclarée conforme à la Constitution par une décision du Conseil Constitutionnel. La question doit également avoir un caractère sérieux, l'argumentation ne devant pas être trop fantaisiste. Les juges du fond, après avoir estimé que les conditions de l'article 23-2 sont remplies, renvoient alors la QPC à l'une des deux Cours suprêmes françaises de leur choix. Le Conseil d'État et la Cour de cassation agissent alors comme un second filtre vérifiant une fois de plus que la question prioritaire de constitutionnalité remplit les conditions nécessaires. Le cas échéant, elles renvoient la QPC au Conseil Constitutionnel.

⁴¹ G. DRAGO, *contentieux constitutionnel français*, PUF, 3^{ème} éd. p. 434.

⁴² Décision du conseil constitutionnel du 3 décembre 2009.

⁴³ G. DRAGO, référence précitée p. 444.

Ce nouvel arsenal pourrait donc être utilisé par le MIE dans le but de faire valoir ses droits les plus fondamentaux.

- Au cours d'une instance devant le juge administratif

Conformément à l'arrêt Diakité du Conseil d'État en date du 16 juin 2010⁴⁴, la QPC peut être soulevée devant le juge des référés.

La position du juge administratif de l'urgence a déjà montré la situation sans issue dans laquelle se trouve le MIE. En effet, en refusant de déclarer recevable sa requête au motif de son incapacité à agir, le juge prive le mineur d'une action en justice (faute pour lui d'avoir un représentant légal apte à former un recours en son nom). Il s'agirait donc pour le requérant de poser la QPC suivante : l'article L521-2 du Code de Justice Administrative, en n'ouvrant pas la voie de ce recours expressément au cas des mineurs isolés étrangers, méconnaît-il les dispositions du préambule de la Constitution de 1946, qui proclame en son article 11 que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » ?

- Au cours d'une instance devant le juge judiciaire
 - S'agissant de l'article 377 du Code Civil

Nous avons déjà examiné l'impasse dans laquelle se trouve le mineur isolé étranger pour se faire octroyer un représentant légal. En effet, la délégation de l'autorité parentale ne peut être demandée que par l'ASE en application de l'article 377 du Code Civil. Le mineur ou le GISTI qui saisirait le juge aux affaires familiales dans le but de lui demander de désigner l'ASE en tant que représentant légal verrait sa demande rejetée au motif que seul le service qui a pris en charge le mineur peut saisir le juge à cette fin.

Il est indéniable qu'une bonne protection des mineurs passe également par leur représentation. C'est pourquoi nous estimons que l'article 377, en ne permettant pas la saisine du JAF par le mineur lui-même ou par toute personne en lien avec lui, contrevient aux dispositions du préambule de 1946 qui garantit un droit au développement de l'individu. Ainsi, l'article 377 du Code Civil méconnaîtrait le préambule de la Constitution de 1946 qui proclame en son article 11 que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

⁴⁴ CE, réf., 16 juin 2010, Diakité, req. n° 340250.

- S'agissant de l'article 375 du Code Civil

Dans deux décisions du 6 octobre 2010⁴⁵, le Conseil Constitutionnel a en quelque sorte soumis à une « épée de Damoclès » constitutionnelle⁴⁶ l'interprétation des lois opérée par les Cours suprêmes françaises. En effet, le Conseil Constitutionnel peut s'opposer à l'interprétation d'un texte faite par le Conseil d'État ou la Cour de cassation en déclarant cette interprétation contraire à la constitution. Ainsi, concernant les MIE, certains juges du fond ont d'ores et déjà estimé que la notion de « danger » de l'article 375 n'était pas applicable à la situation des MIE. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette question mais, si elle confirmait la position des juges du fond, une QPC pourrait être formée et rédigée en ces termes : « Le refus d'assimiler la situation des MIE à une situation de danger au sens de l'article 375 du Code Civil, issu dans sa dernière version de la loi n°2007-293 du 5 mars 2007, méconnaît-il le principe du préambule de la constitution de 1946 selon lequel la nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ? » ».

Concernant les conditions du renvoi au Conseil Constitutionnel posées à l'article 23-2 de la loi organique de 2009, les dispositions en cause sont bien des dispositions législatives, qui n'ont jamais été examinées par le Conseil Constitutionnel⁴⁷. Le critère de la nouveauté est donc rempli. Et les questions ne paraissent pas être dénuées de tout caractère sérieux.

- S'agissant de l'article 388-2 du Code Civil

Selon cet article, un administrateur *ad hoc* peut être désigné par le JAF lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre le mineur et son représentant légal. Or, l'ASE n'ayant pas encore été désignée représentante légale du mineur, il ne peut être fait droit à la demande du mineur de se faire désigner un administrateur *ad hoc*.

Cet article nous semble trop restrictif dans la mesure où il ne prévoit pas le cas de l'inexistence d'un représentant légal. Or, la solution exposée plus haut qui permettrait, par la saisine d'office du JAF, de remédier à la situation du MIE, résulte comme nous l'avons d'ores et déjà souligné d'une interprétation qui est pour l'heure « isolée ». De plus, entre le moment où

⁴⁵ C. const., n° 2010-39 QPC, Isabelle D et Isabelle B (art. 365 C. civ) et 14 octobre 2010 n°2010-52 QPC, Cie agricole de la Crau (loi de 1941) : « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ».

⁴⁶ G. DRAGO référence précitée p. 473

⁴⁷ Voir la liste des dispositions déjà examinées par le Conseil constitutionnel :

http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/QPC/dispositions_conformes_code_loi.pdf

mineur arrive sur le territoire et le moment où une tutelle s'ouvrirait et où l'ASE se verrait attribuer la tutelle, ce dernier se retrouverait dans une situation extrêmement compliquée. Il conviendrait donc d'admettre la possibilité de faire désigner un représentant *ad hoc*. Celle-ci devrait être inscrite dans les textes et ne devrait pas être confinée à la seule interprétation faite par une JAF.

Ainsi, cet article 382-2 du Code Civil, en étant trop restrictif et en ne prévoyant pas la possibilité de faire désigner un représentant *ad hoc* en cas d'absence totale de représentant légal sur le territoire, méconnaîtrait le préambule de la Constitution de 1946 qui proclame en son article 11 que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

Le bloc de constitutionnalité français, source de nombreux droits et libertés garantis à tout un peuple, peut être invoqué pour tenter de remédier à la situation des mineurs isolés étrangers. Reste également la possibilité de faire jouer les obligations internationales de la France.

2) Le contrôle de conventionalité

Les recours devant les juridictions nationales ne permettent pas seulement l'invocation de textes nationaux. Des textes internationaux et européens, conférant des droits aux MIE, peuvent également, dans une certaine mesure, être invoqués devant le juge national.

En effet, le juge français, de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire, a le devoir de s'assurer que le droit français est en conformité avec le droit international. Le particulier peut donc soulever cette absence de conformité, ce qui entraînera un contrôle de conventionalité de la part du juge français.

En ce qui concerne les MIE, trois textes semblent pouvoir être utilement invoqués : la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (a), la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (b), et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (c).

a) Par rapport à la CIDE

Si l'applicabilité directe de certains textes ne fait pas de doute, comme par exemple celle de la CESDH, tel n'est pas le cas de la CIDE. Cette question mérite d'être développée car

d'elle dépend la possibilité d'invoquer ou non devant le juge français, au profit du MIE, les droits qu'elle lui octroie.

- L'applicabilité directe de la CIDE selon le Conseil d'État

Par son arrêt du 22 septembre 1997, dit arrêt « *Cinar* », le Conseil d'État a consacré l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE. En effet, après avoir repris le contenu de cet article qui, en substance, prévoit qu'une considération primordiale doit être accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant, le Conseil d'État a précisé que ces dispositions pouvaient être « utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir » et a décidé de censurer le refus de séjour opposé à l'enfant de Mme Cinar en se fondant sur la violation de cet article. Il est donc admis que cet article peut être directement invoqué devant le juge administratif. Dès lors, il peut être envisagé d'opposer au rejet de la requête en référé-liberté formée par le MIE la non-conformité de ce refus avec l'article 3-1 de la CIDE. Cela pourrait amener le juge administratif à opérer un contrôle de conventionalité des dispositions fondant le rejet de la requête avec l'article 3-1 de la CIDE. Une telle action et un tel argument pourraient encourager le juge à considérer qu'il y a lieu de déroger au principe de l'incapacité à agir du mineur, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par l'article 3-1 de la CIDE.

Si l'applicabilité directe de cet article est admise depuis bientôt 20 ans devant le Conseil d'État, le revirement de jurisprudence des juges judiciaires est plus récent.

- L'applicabilité directe de la CIDE selon la Cour de Cassation

En effet, l'applicabilité directe de la CIDE devant la Cour de Cassation a d'abord été clairement rejetée par cette dernière⁴⁸ qui avait énoncé que : « Les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée d'obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne ». L'un des magistrats saisis de l'affaire avait d'ailleurs pu déclarer : « la CIDE se borne, dans son ensemble, à consacrer des engagements d'États. Il suffit de lire le texte (...) [pour s'apercevoir que] les normes posées par le traité sont souvent si générales ou même si vagues qu'on voit mal comment leur violation pourrait être invoquée par un particulier⁴⁹ ».

⁴⁸Cass. 1re civ. 10 mars 1993 Lejeune

⁴⁹D. 1993, Jur. p. 362, note J. Massip

La possibilité pour le particulier d'invoquer directement les droits consacrés par la CIDE, ou du moins certains d'entre eux, découle d'arrêts rendus en 2005⁵⁰. Dans un arrêt datant du 14 juin 2005, la Cour de Cassation a opéré un revirement de jurisprudence explicite en énonçant qu' « en vertu de l'article 3-1 de la Convention de New York, disposition qui est d'application directe devant les juridictions françaises, [les] circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ». La même année, la Haute Juridiction a déclaré que l'article 12-2 de la CIDE, qui intéresse tout autant le cas des MIE puisqu'il consacre le droit de l'enfant d'avoir une possibilité d'être entendu dans les procédures le concernant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant, était également d'applicabilité directe.

L'on remarquera que, tandis que l'applicabilité directe était auparavant rejetée « en bloc », les arrêts de 2005 qui la consacrent ne le font que partiellement, c'est-à-dire pour certaines dispositions de la CIDE. Ainsi, alors que certains invoquaient le caractère évidemment vague de l'ensemble des dispositions de la CIDE, la Cour de Cassation a choisi d'utiliser le critère rédactionnel défendu par certains auteurs et qui peut être résumé de la manière suivante : « Si une disposition commence par les mots : « les États parties s'engagent... veillent... respectent... reconnaissent... assurent... », alors cette disposition n'est pas d'applicabilité directe, et elle ne crée d'obligation qu'à la charge des États. En revanche, si le texte accorde des droits sans que des mesures étatiques paraissent nécessaires, il est alors d'application directe⁵¹ ».

- L'argument de la non conventionalité

Les articles de la CIDE potentiellement utiles à l'amélioration de la situation des MIE

Parmi les dispositions de la CIDE, certaines d'entre elles pourraient être utilement invoquées devant les juges judiciaire et administratif.

Notamment, comme il a été vu plus haut, l'article 3-1 de la CIDE impose la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵². Or, cet intérêt implique certainement que le MIE puisse bénéficier d'un représentant légal afin de procéder aux actes nécessaires de la vie courante (inscriptions scolaires etc.). Cet article pourrait donc être invoqué pour démontrer la contrariété à la CIDE des dispositions sur lesquelles se fondent les juges français pour par

⁵⁰ Notamment Cass. Civ 1^{ère} 18 mai 2005 ; Cass. Civ 1^{ère} 14 juin 2005 ; Cass. Civ. 1^{ère} 22 novembre 2005.

⁵¹ D. 2006 p. 1487, note P. Courbe

⁵² Article 3-1 : Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

exemple refuser la constatation de l'ouverture d'une tutelle, ou nier la recevabilité d'une requête en référé-liberté.

L'article 12-2 pourrait lui aussi être invoqué. À titre de rappel, il impose la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée. L'on notera que le droit consacré est celui d'*avoir la possibilité d'être entendu*, et non le droit d'*être entendu*. Ceci étant, notre argument reste valable, ce qui démontre d'autant mieux la gravité de la situation des MIE. En effet, c'est précisément la *possibilité* d'être entendu qui leur est refusée lorsqu'est rejetée leur demande de désignation d'un représentant légal. Cet article serait donc particulièrement pertinent pour démontrer la non-conformité des dispositions françaises à la CIDE.

Dans la même idée, l'invocation des articles 3.2 et 18 serait bienvenue dans la mesure où, implicitement, ils tendent à considérer qu'au minimum, la représentation légale de l'enfant est acquise et assurée. En effet, l'article 3-2 prévoit que « les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ». L'article 18, quant à lui, dispose notamment que « la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux ». Cet article ne semble prévoir que deux cas de manière alternative : dans le premier, la responsabilité est assumée par les parents de l'enfant ; dans le second, elle l'est par son représentant légal. Ainsi, n'est pas mentionné le cas où l'enfant n'est ni accompagné de ses parents, ni représenté légalement. L'absence de représentant légal du mineur n'est pas envisagée, comme si la représentation légale du mineur était une exigence minimale évidemment atteinte.

Ces deux articles pourraient donc être invoqués pour faire valoir que la représentation légale du mineur est une exigence posée par la CIDE, non respectée dans le cadre des dispositions du droit français telles qu'appliquées au cas des MIE.

Mais si l'absence de représentant légal du mineur peut selon nous constituer en elle-même une violation des dispositions de la CIDE susmentionnées, elle entraîne également avec elle la violation d'autres dispositions.

Notamment, l'article 24 consacre le droit de l'enfant au bénéfice du meilleur état de santé possible, ainsi que son droit d'accès aux services médicaux. Or, l'on a déjà pu

mentionner le fait que sans représentant légal, les MIE se voyaient en pratique refuser l'accès aux soins non urgents.

De la même manière, l'article 28 déclare que l'enfant a le droit à une éducation, et que les États parties « encouragent l'organisation de différentes formes d'enseignement secondaire, tant général que professionnel, les rendent ouvertes et accessibles à tout enfant ». Or, là encore, l'absence de représentation légale a d'autres conséquences que sa propre non-conformité aux dispositions de la CIDE. Ici, elle entraîne la violation de l'article 28 car, tandis que l'enseignement est censé être accessible à tout enfant, le MIE sans représentant légal se trouve confronté à des difficultés quand il veut réaliser son inscription scolaire. Les établissements engagés qui acceptent de les accueillir et les associations qui acceptent de remplir les formalités malgré l'absence de représentant légal se voient obligés de ne pas respecter la loi : les associations signent avec la mention « accompagnateur caritatif » et les établissements s'en satisfont.

Enfin, l'article 20 pourrait également être invoqué. En effet, si dans les faits les MIE parviennent parfois à trouver un certain soutien (octroi de titres de transports, séjours à l'hôtel), il reste que lorsque la désignation de l'ASE en tant que représentant légal est refusée, ce refus entraîne l'absence de prise en charge officielle des MIE. Or, cet article énonce que « tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, (...) a droit à une protection et une aide spéciales de l'État. Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme (...) en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié ».

Pour les articles déjà d'applicabilité directe (articles 3-1 et 12-2)

Puisque ces articles sont d'applicabilité directe, les droits qu'ils octroient sont reconnus immédiatement, sans passer par une mesure étatique. Leur invocation pourrait par exemple fonder devant le juge la nécessité de déroger au principe de l'incapacité à agir du mineur.

Pour les articles qui ne sont pas encore d'applicabilité directe, soit parce qu'elle a été rejetée, soit parce qu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision

Dans les cas où l'applicabilité directe a été rejetée, comme l'a par exemple été celle de l'article 20 de la CIDE devant le CE⁵³ (article prévoyant que l'enfant privé de son milieu familial a droit à une protection et une aide spéciales de l'État) ou dans les cas où la disposition en cause n'a pas fait l'objet d'une décision du juge, il convient de se garder de prendre la non applicabilité directe pour acquise.

En effet, le critère rédactionnel déjà cité est sujet à débat, de sorte qu'il est toujours possible de soutenir que le texte est suffisamment clair et précis pour être déclaré d'applicabilité directe, même s'il n'est pas certain que l'argument aboutisse.

Par ailleurs, d'autres arguments peuvent être émis au soutien de cette applicabilité directe.

Au lieu de défendre l'applicabilité directe d'une disposition particulière telle que l'article 20, l'on pourrait défendre l'idée selon laquelle l'ensemble des dispositions de la CIDE sont directement applicables. En effet, l'on pourrait aller jusqu'à soutenir qu'en tant que « norme internationale protectrice des Droits de l'Homme ayant pour objet même de reconnaître des droits aux individus », la CIDE, dans son ensemble, devrait bénéficier d'une sorte de présomption d'applicabilité directe. Les juges seraient alors l'autorité publique permettant d'assurer l'exécution des obligations qu'ont les États selon l'article 2 de la CIDE⁵⁴.

L'on pourrait également faire remarquer que la recherche des dispositions qui seraient d'application directe est source d'insécurité juridique dans la mesure où les articles considérés comme tels varient d'une opinion à l'autre et où les solutions jurisprudentielles ne seront données qu'au fur et à mesure, article par article, laissant jusque-là les particuliers dans le doute.

Enfin et surtout, lors du revirement de jurisprudence de la Cour de Cassation, c'est bien « la disposition la plus explosive de la Convention (l'article 3-1), celle qui pourrait remettre en cause le plus grand nombre de règles du droit français », qui a été déclarée d'applicabilité directe. Or, qui peut le plus, peut le moins.

⁵³ Arrêt CE 6 juin 2001 : « La cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en relevant que les stipulations des articles 2, 9, 20 et 29 de la convention susvisée signée à New York le 28 janvier 1990 et relative aux droits de l'enfant, ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, et ne peuvent donc être utilement invoquées à l'appui d'un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision attaquée »

⁵⁴ Note préc.

Compte tenu de ces constatations, il serait donc opportun de soulever le caractère in conventionnel de l'impasse dans laquelle se trouve le MIE au regard de la CIDE, y compris au regard des articles qui n'ont pour le moment pas été considérés d'applicabilité directe. Un tel contrôle de conventionalité est également envisageable par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

b) Par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

- L'intervention limitée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne

Bien que la Charte ait tout récemment acquis une portée juridique de plus grande ampleur⁵⁵, son intervention reste limitée.

Selon le paragraphe premier de l'article 51 de la Charte, ses dispositions « s'adressent aux États membres (...) uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », c'est-à-dire notamment quand ils appliquent un règlement européen, transposent une directive européenne ou exécutent un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne⁵⁶. La justification généralement avancée, non seulement pour l'application de la Charte mais aussi pour l'application aux États membres de tout le droit de l'UE, est celle qui consiste à considérer que lorsqu'un État membre de l'UE met en œuvre le droit de l'UE, il agit comme une administration décentralisée de l'UE, de sorte qu'il n'est que l'instrument par lequel le droit européen se déploie dans les ordres juridiques nationaux, et qu'il est alors légitime de le soumettre aux mêmes obligations que celles qui pèsent sur les institutions elles-mêmes.

Toujours d'un point de vue général, le champ d'application du droit de l'UE recouvre en principe un ensemble de situations dans lesquelles les États membres doivent respecter les droits fondamentaux. Ce champ ne se limite pas à l'hypothèse de la *mise en œuvre* du droit de l'UE. Ces situations recouvrent en effet également les cas où les États membres restreignent une liberté reconnue par le droit européen.

Plus clairement, l'article 51 de la Charte fait figure d'exception dans la mesure où il restreint le champ d'application de la Charte qui, en principe, en tant que composante du droit de l'UE, devrait régir des situations plus variées que celle de la seule *mise en œuvre du droit de l'UE*.

Toutefois, s'il est vrai que la Charte joue plus difficilement, l'exclure totalement de la présente démarche serait probablement une erreur. En effet, un instrument du droit de l'UE pourrait fournir un point d'ancrage permettant son application à la situation des MIE.

⁵⁵L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009, l'a intégrée dans le droit de l'Union européenne, qui plus est au même niveau que les traités.

⁵⁶Bien que la jurisprudence ne se soit semble-t-il jamais prononcée sur la notion de « mise en œuvre du droit de l'UE », les exemples visés sont majoritairement admis comme de tels cas.

- Le jeu de la charte via l'application du règlement Bruxelles II bis

Le Règlement européen n° 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Règlement Bruxelles II Bis) est entré en vigueur le 1^{er} mars 2005, conformément aux dispositions énoncées en son article 72.

Selon son article 1^{er}, son champ d'application matériel englobe l'attribution, l'exercice, la délégation, et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ce qui doit être considéré comme concernant notamment la tutelle, la curatelle, et les institutions analogues, la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister, ainsi que le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement.

Quant à l'applicabilité du règlement, celle-ci est admise dès lors que l'enfant concerné réside sur le territoire d'un État membre. Tandis que le règlement ne définit pas l'âge maximum des enfants concernés et qu'il laisse au droit interne le soin de régler cette question, la notion de « résidence habituelle » fait elle l'objet d'une définition autonome. Elle a été interprétée à plusieurs reprises comme étant « le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts ». La CJUE a pu préciser par la suite cette définition lorsque la résidence habituelle est celle de l'enfant. Dans un arrêt du 02 avril 2009⁵⁷, la Cour a énoncé que la résidence habituelle au sens de l'article 8 du règlement était celle qui correspondait au « lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial ». Elle a également donné quelques lignes directrices pour l'appréciation du caractère habituel de la résidence, en précisant qu'il fallait tenir compte de « la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre (...), la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques, ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État ». La Cour préconise ainsi explicitement une appréciation *in concreto*⁵⁸.

Certaines circonstances pourraient jouer en faveur de l'applicabilité du règlement au profit du MIE. Par exemple, sa scolarisation sur le territoire français, sa connaissance de la langue française dans certains cas, *etc.* De plus, un chef de compétence du règlement Bruxelles II bis

⁵⁷ CJUE 2 avril 2009 C-523/07

⁵⁸ « Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce. »

pourrait être réalisé (et la charte pourrait donc être applicable) même si la résidence habituelle du MIE dans un État membre n'était pas caractérisée, car le juge d'un état membre peut, dans certaines circonstances, être compétent du seul fait de la présence de l'enfant sur son territoire⁵⁹.

S'il faut admettre que l'applicabilité du Règlement Bruxelles II bis au cas des MIE est incertaine (dans la mesure où les critères tels que la durée, la nationalité et les rapports de l'enfant avec l'État français ne jouent pas en leur faveur), il apparaît malgré tout opportun de s'intéresser à l'hypothèse de son admission, car certains des droits consacrés par la Charte pourraient alors être judicieusement invoqués.

- Les droits consacrés par la Charte et non respectés en cas de rejet d'une demande de protection au bénéfice d'un MIE

Eu égard à la situation des MIE, la Charte recèle de dispositions pertinentes. Elle consacre notamment le droit à : la dignité humaine⁶⁰, l'éducation⁶¹, l'égalité en droit⁶², la non-discrimination⁶³, la protection de la santé⁶⁴, une bonne administration⁶⁵, un recours effectif et un tribunal impartial⁶⁶. Elle prévoit également une disposition spécialement dédiée aux droits de l'enfant⁶⁷.

La pertinence de ces dispositions au regard du cas particulier des MIE peut transparaître d'illustrations aussi diverses que variées. Par exemple, quelle dignité pour l'enfant contraint

⁵⁹ Article 13 du règlement Bruxelles II bis

⁶⁰ Article 1^{er} : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

⁶¹ Article 14 : « Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire ».

⁶² Article 20 : « Toutes les personnes sont égales en droit »

⁶³ Article 21 : « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'UE, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite ».

⁶⁴ Article 35 : « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. »

⁶⁵ Article 41 : « Ce droit comporte notamment le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre »

⁶⁶ Article 47 : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. »

⁶⁷ Article 24 : « Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celles-ci sont prises en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

de dormir dans le métro à même le sol du fait du refus par le juge français de désigner un représentant légal pouvant intenter une action afin de le faire prendre en charge par l'ASE ? Quel exemple plus criant de non égalité en droit que celui du MIE qui se voit refuser sa prise en charge par l'ASE quand les autres enfants sont placés très rapidement ? Quelle protection de la santé pour le MIE qui, sans représentant légal, ne peut pas bénéficier des soins non urgents ? Enfin, peut-on sérieusement contester la violation par le juge français du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion lorsque celui-ci, d'une part déclare son action irrecevable faute de capacité à agir, et d'autre part refuse de lui désigner un représentant légal pour lui permettre d'agir ?

Ainsi, il ressort des dispositions de la Charte que les chefs de contrôle de conventionalité de la loi française sont nombreux.

Ce contrôle mérite également d'être mentionné pour une autre raison qui, dans l'optique de l'évolution législative que nous espérons, prend toute son importance : la sanction attachée au non-respect du droit de l'UE et donc de la Charte.

- La sanction du non-respect du droit de l'Union Européenne

L'effectivité d'une norme dépend notamment de l'existence et de la mise en œuvre de mécanismes de sanctions en cas de violation. Ici, il faut souligner que le mécanisme de sanction de la violation du droit de l'UE est particulièrement adapté à notre hypothèse.

Les dispositions de la Charte ont toute leur place au sein de notre démarche dans la mesure où, bien que l'on se tourne, par familiarité sans doute, plutôt vers son homologue du Conseil de l'Europe pour la protection des droits fondamentaux, son effectivité est plus grande.

En effet, tandis que la sanction obligatoire de la Cour Européenne des Droits de l'Homme réside dans la « satisfaction équitable », c'est-à-dire la somme d'argent qu'elle accorde au particulier dont les droits ont été violés par l'État défendeur, la Cour de Justice de l'Union Européenne peut quant à elle imposer à l'État de laisser inappliquée la disposition nationale contraire au droit de l'Union Européenne, ceci en vertu du principe de primauté. Par exemple, récemment, la Cour de Luxembourg a pu ordonner au juge italien de ne pas appliquer la loi pénale italienne qui prévoyait une peine d'emprisonnement en cas de délit de clandestinité⁶⁸. Et cette sanction s'ajoute à la possible mise en jeu de la responsabilité de

⁶⁸ CJUE 28 avril 2011 *Hassen El Dridi* C-61/11 : « il appartiendra à la juridiction de renvoi, chargée d'appliquer (...) les dispositions du droit de l'Union et d'en assurer le plein effet, de laisser inappliquée toute disposition du décret législatif n°286/1998 contraire au résultat de la directive 2008/115 (...) ».

l'Étatmembre qui peut donner lieu à une obligation de réparation parfois lourde de conséquences pour ses finances publiques.

Ainsi, les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE pourraient être utilement invoquées afin de faire constater la non-conformité du système français de protection de l'enfance aux droits qu'elle consacre.

De plus, à défaut d'une telle conclusion par le juge français, elles pourraient au moins être invoquées dans le but de susciter une interrogation qui l'encouragerait à saisir la CJUE d'une question préjudicielle en interprétation des dispositions invoquées. En effet, l'applicabilité du règlement Bruxelles II bis présente là un autre avantage : si la CJUE a énoncé qu'elle était « manifestement incompétente pour répondre aux demandes de décisions préjudicielles concernant l'interprétation de dispositions de la Charte », elle a aussi précisé que cette solution tenait au fait que « la décision de renvoi ne contenait aucun élément concret permettant de considérer que la décision nationale en cause constituerait une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union »⁶⁹. Or, précisément, en l'espèce, la décision nationale mettrait en œuvre le règlement Bruxelles II bis.

Ainsi, le renvoi préjudiciel serait envisageable et permettrait de préciser la portée des droits consacrés par la Charte. Toutefois, il faut noter qu'un tel renvoi en interprétation n'est pas obligatoire pour les juridictions ordinaires⁷⁰. Seules les juridictions nationales suprêmes ont l'obligation de renvoyer une telle question. Concrètement, la demande de renvoi préjudiciel ne serait pas forcément accueillie par le juge français de première instance ou d'appel, car l'obligation de renvoi ne pèse que sur le juge dont la décision n'est pas susceptible de recours, de sorte qu'il vaut mieux se préparer à l'idée de devoir se pourvoir en Cassation pour obtenir un renvoi puis, en dernier lieu, l'interprétation de la CJUE.

En conclusion, bien que la vocation à intervenir de la Charte des droits fondamentaux de l'UE soit limitée, celle-ci ne doit pas être négligée, car l'applicabilité du règlement Bruxelles II bis pourrait permettre d'invoquer les droits qu'elle confère aux MIE.

Ceci ayant été dit, il convient néanmoins de constater que la CESDH présente l'avantage d'une applicabilité plus large, ce qui ne présume toutefois pas d'une plus grande effectivité au regard de la situation qui nous préoccupe.

⁶⁹ CJUE 12 novembre 2010 C-339/10

⁷⁰ Article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

c) Par rapport à la CESDH

Il est aujourd'hui bien admis que les dispositions de la CESDH sont d'applicabilité directe dans l'ordre interne des États signataires, et peuvent ainsi être invoquées au cours de toute instance nationale.

L'article 3 de la CESDH prévoit une obligation positive à l'attention des États membres, fondée uniquement sur l'article lui-même⁷¹. Il leur incombe en effet de faire en sorte que toute personne se trouvant sous leur juridiction soit protégée contre une quelconque forme de torture ou de traitement inhumain ou dégradant. En ce sens, l'absence de protection des MIE correspond selon nous à un traitement dégradant. La CEDH a d'ores et déjà admis la gradation issue de cet article 3 entre les trois catégories que sont la torture, le traitement inhumain ou le traitement dégradant et a condamné certains États pour traitement dégradant⁷².

L'article 13 de la CESDH prévoit quant à lui un droit à un recours effectif pour faire valoir les droits reconnus par la CESDH⁷³. Ainsi, devant le juge administratif, qui rejette la demande de prise en charge formulée par le MIE, l'article 13 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme pourrait être invoqué au soutien de la mise en place d'une exception à l'incapacité. De la même manière, devant le juge judiciaire, cette disposition pourrait être utilisée en tant qu'obligation faite aux juges de désigner un représentant légal au MIE pour que ce dernier puisse faire valoir ses droits et invoquer l'article 3 de la Convention. En effet, en le privant de la possibilité de se voir attribuer un représentant légal et en refusant d'ouvrir les exceptions déjà admises par la jurisprudence au cas du MIE, la France contrevient aux prescriptions de la CESDH et plus particulièrement à celle qui impose aux États parties de permettre l'exercice d'un recours effectif à toute personne. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a déjà affirmé qu'il était « indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la CESDH, lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la CESDH »⁷⁴.

⁷¹ CEDH, *Farbuths c. Lettonie*, 2 décembre 2004

⁷² CEDH, Arrêt *TYRER c. R-U*, 29 avril 1978, Requête no 5856/72.

⁷³ Article 13 CEDH : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

⁷⁴ Arrêt CEDH, 26 avril 2007, req n° 25389/05

L'utilisation combinée des articles 3 et 13 permettrait donc au MIE de voir son action devant le juge du référé liberté jugée recevable et d'être pris en charge par l'ASE.

Un autre article de la Convention pourrait également venir au soutien de la situation des mineurs isolés étrangers. En effet, nous avons constaté que, privé de représentant légal, le mineur étranger isolé ne pouvait pas faire valoir ses droits. Or, « l'accès au juge est [...] un des éléments clés de l'accès au droit, conçu comme un attribut majeur de la citoyenneté : il offre à chacun la possibilité d'une considération pour ses revendications »⁷⁵. Dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975, à la question de savoir si « L'article 6 par. 1 (art. 6-1) se [bornait] à garantir en substance le droit à un procès équitable (fair trial) dans une instance déjà pendante, ou [s'il reconnaissait] en outre un droit d'accès aux tribunaux à toute personne désireuse d'introduire une action relative à une contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil ("action civile") »⁷⁶, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a consacré un véritable « droit au juge ». En d'autres termes, « le justiciable doit pouvoir bénéficier d'un règlement juridictionnel de ses différends [...]. Le droit d'agir en justice est alors l'expression d'une liberté publique, d'un droit fondamental [...] qui crée des « obligations positives » à la charge de l'État, pour que sa réalisation soit complète ».

Fort de ces énonciations, le mineur isolé étranger pourrait donc invoquer l'article 6-1 de la CESDH dans le but d'intenter une action afin, soit de se voir attribuer un représentant légal (devant le juge judiciaire), soit d'être pris en charge par l'ASE (devant le juge administratif)⁷⁷. En effet, bien que l'ouverture de la tutelle semble pouvoir s'effectuer d'office par le JAF, cette position ne constitue, une fois encore, que l'interprétation émise par *une* JAF. Si les juges du fond ont bel et bien le pouvoir d'interpréter de façon extensive les textes qu'il leur incombe d'appliquer, seule l'interprétation des hautes juridictions permet de mettre fin aux discordes qui peuvent exister.

Ainsi, les articles cités ci-dessus pourraient bien être invoqués pour soulever le manque de clarté de la loi française. De plus, l'on peut également revenir sur la situation du mineur durant le laps de temps pendant lequel le JAF tente de constituer un conseil de famille avant de déclarer la tutelle vacante et de l'attribuer à l'ASE, laps de temps pendant lequel le

⁷⁵ Manuel Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de S. GUINCHARD, éd. Dalloz 2012/2013 p. 574.

⁷⁶ CEDH 21 fév.1975, req n°4451/70, *Golder c/RU*, §25

⁷⁷ Manuel Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de S. GUINCHARD, éd. Dalloz 2012/2013, p. 574.

mineur reste privé de représentant légal et donc d'existence juridique, puisque les textes ne prévoient pas, comme cela a déjà été dit, de « représentant *ad hoc* ».

§2 Le recours devant la CEDH : un recours adapté à la situation des mineurs étrangers isolés

Au terme de l'article 34 de la CESDH, la « Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ». La nationalité, pas plus que le lieu de résidence ou la capacité à agir n'entre en ligne de compte. Toute personne physique peut saisir la Cour si elle estime qu'un des États membre a violé un de ses droits fondamentaux, à condition que la violation ait eu lieu dans la limite de la juridiction de l'État en question⁷⁸. Bien que le terme de « juridiction de l'État » puisse dans certains cas ne pas se limiter au territoire même de l'État, pour ce qui nous concerne, les MIE sont sur le territoire français et relèvent donc de fait de la juridiction de l'État français au sens de l'article 34 de la CESDH. De plus, la qualité de mineur, qui plus est étranger, du MIE, n'est en rien, comme il a été vu plus haut, un frein à la possibilité qui leur est offerte de former une requête individuelle. La Cour a en effet d'ores et déjà admis la recevabilité d'une requête formée par un mineur⁷⁹.

S'agissant de la condition de victime inscrite à l'article 34 de la CESDH, cette notion est interprétée de manière souple et indépendamment des règles de droit interne⁸⁰. Il ne fait aucun doute, suite à l'examen que nous avons fait plus haut, que le MIE est bel et bien lésé par la législation française et peut de ce fait être considéré comme une « victime » au sens de cet article.

A/ Les conditions de recevabilité

Pour être recevable, une requête devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme doit obéir aux conditions édictées par l'article 35 de la CESDH. Le paragraphe premier de l'article 35 prévoit explicitement la condition de l'épuisement des voies de recours internes. En effet, la juridiction européenne chargée de faire respecter la Convention « entend jouer un

⁷⁸ J-F RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme (contentieux européen), 4^{ème} éd. L.G.D.J, p. 410.

⁷⁹ CEDH, Affaire A.c.Royaume-Uni

⁸⁰ Guide de pratique sur la recevabilité élaboré par le Service du Jurisconsulte de la Cour p. disponible sur : <http://www.echr.coe.int/ECHR/fr/Header/Case-Law/Case-law+analysis/Admissibility+guide/>
Voir également, CEDH, 5 juillet 2005, Loyer et autre c/ France req n° 95929/00

rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux »⁸¹. Cette condition est donc essentielle à la recevabilité de la requête. Cependant, il existe une certaine souplesse de cette règle. En effet, « l'épuisement des voies de recours internes est davantage une règle d'or qu'un principe gravé dans le marbre [qui doit être appliquée] sans formalisme excessif »⁸². Ainsi, les recours disponibles au niveau interne « doivent exister à un degré suffisant de certitude », et il appartient aux juges de tenir compte du contexte dans lequel le requérant se situe pour examiner cette condition d'épuisement des voies de recours.

Dans l'affaire RAHIMI c. GRECE du 5 avril 2011⁸³, la Cour a pu estimer face au gouvernement grec, qui soutenait l'absence d'épuisement des voies de recours, que « ladite exception [était] étroitement liée à la substance du grief énoncé sur le terrain de l'article 13 » et ainsi admettre la recevabilité de la demande du mineur étranger isolé. L'article 13 imposant aux États de mettre en place des recours effectifs, il paraissait évident que dès lors que ce grief était invoqué par le requérant, ce dernier estimait qu'il lui avait été impossible d'épuiser les voies de recours internes.

Pour ce qui a trait au MIE en France, nous pouvons soulever la même idée. En effet, privé de la possibilité d'avoir un représentant légal, les portes qui lui permettraient d'exercer des recours au niveau interne lui sont toutes fermées. La CESDH n'aura ainsi aucun mal à admettre la recevabilité de la requête du MIE relativement à cette condition.

Concernant les autres conditions de recevabilité détaillées à l'article 35 paragraphe 2 et 3, la requête ne doit pas être anonyme, identique à une autre requête précédemment examinée par la Cour ou toute autre instance internationale d'enquête ou de règlement, sauf faits nouveaux intervenus par la suite. La requête ne doit pas non plus être incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive. Et le requérant doit avoir subi un réel préjudice.

Nous estimons, au regard de ce qui précède, que les MIE subissent de réels préjudices, découlant d'une absence de prise en charge de la part de l'ASE d'une part, et de l'impossibilité de faire valoir leurs droits, faute de représentant légal, d'autre part. Ces préjudices sont contraires aux prescriptions de la CESDH.

⁸¹ Guide pratique sur la recevabilité p.16

⁸² Ibid.

⁸³ CEDH, *Rahimi c. Grèce* 5 avril 2011, req n° 8687/08

B/ Les chances de succès au fond

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a récemment eu l'occasion de se prononcer sur la situation des MIE en Europe. En effet, dans son arrêt du 5 avril 2011, la Cour a condamné la Grèce sur le fondement, entre autres, des articles 3 et 13 combinés. Dans les faits, il s'agissait d'un mineur retenu dans le centre de Pagani dans des conditions jugées déplorable par la Cour et qui, à elles seules, et sans prendre en considération la durée de la rétention, justifiaient une condamnation de la Grèce sur le fondement de l'article 3 pour avoir porté atteinte à l'essence même de la dignité humaine du mineur. La Cour a en effet estimé que bien que la privation de liberté n'emporte pas à elle seule violation de l'article 3 de la CEDH, cet article impose que toute personne soit détenue dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine.

Cependant, la Cour, bien loin de s'arrêter à la période pendant laquelle le mineur a été retenu dans ce centre, décide de s'intéresser à la période postérieure à la remise en liberté du mineur, et plus précisément à l'existence d'une obligation de prise en charge par l'État grec. La Cour est extrêmement claire sur ce point et affirme que « la situation du requérant se caractérisait par son jeune âge, le fait qu'il était étranger en situation d'illégalité dans un pays inconnu, qu'il n'était pas accompagné et donc livré à lui-même ». Eu égard à la protection absolue conférée par l'article 3 de la Convention, il convient, selon la Cour, de garder à l'esprit que « ces éléments sont déterminants en l'espèce et l'emportent sur la qualité d'étranger en séjour illégal du requérant. Il relevait incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société et il appartenait à l'État grec de le protéger et de le prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 »⁸⁴.

Dès l'arrêt du 12 octobre 2006 *MubilanzilaMayeka et KanikiMitunga c. Belgique*, la Cour avait dégagé de l'article 3 de la CESDH cette obligation positive faite aux États membres de protéger et de prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates les personnes les plus vulnérables de la société dont faisait partie la requérante mineure non accompagnée⁸⁵.

⁸⁴ CEDH arrêt *Rahimi c. Grèce*, §87.

⁸⁵ CEDH Arrêt *MubilanzilaMayeka et KanikiMitunga c. Belgique* req. 13178/03, 12 octobre 2006, §55.

Le parallèle qui peut être fait entre la situation du requérant et celle des MIE en France est frappant. Il est dès lors probable que la Cour protectrice des Droits de l'Homme saisie de la situation constatée en France condamnerait la France au même titre que la Grèce pour le manque de protection qu'elle accorde aux MIE présents sur son territoire.

Concernant la contrariété à l'article 6-1 de la CESDH déjà examinée plus haut, la Cour pourrait également considérer que le comportement de la France est contraire à ses obligations internationales. En effet, l'article 6-1, qui prévoit l'existence d'un « droit au juge », ne semble pas être respecté pleinement par la France.

En effet, lorsque le JAF, refusant d'interpréter de manière extensive l'article 416 du Code Civil, ne se saisirait pas d'office aux fins d'ouverture de la tutelle, le mineur se retrouverait sans aucun représentant légal, privé donc du droit d'accéder à la justice faute de capacité pour le faire. Dans l'hypothèse inverse, où le juge déclarerait la procédure de tutelle ouverte, il faudra tout de même attendre que le juge tente de constituer un conseil de famille et de trouver un tuteur pour qu'enfin, faute d'y être parvenu, il déclare la tutelle vacante et désigne l'ASE en tant que tutrice du MIE. Pendant cette période d'une relative longueur, le mineur se trouverait bel et bien toujours privé de représentant légal, condition *a minima* pour qu'il puisse, dans la plupart des cas, saisir un juge français. Ainsi, l'article 6-1, dans la mesure où il est censé permettre à toute personne de pouvoir faire entendre sa cause devant un juge, ne semble pas entièrement respecté par la France.

Pour conclure, il convient de constater que l'inadéquation du système de protection de l'enfance à la situation particulière des MIE ne peut que difficilement être niée et que, l'État français, risquant de se trouver en violation de ses obligations tant internes qu'internationales à l'égard de ces mineurs, a non seulement l'obligation mais également intérêt à saisir l'occasion d'un recours présenté devant l'un de ses juges pour revoir sa position, sous peine d'une probable sanction de la part de la CEDH.

En définitive, parmi les différentes pistes envisagées, il semble que celles à privilégier puissent être résumées et combinées de la manière suivante :

Dans un premier temps, il paraît opportun de se concentrer particulièrement sur la demande d'une ouverture de tutelle auprès du JAF, par courrier l'informant de la situation du mineur, accompagné de la preuve de son identité et de sa minorité, pour ensuite reformer une requête en référé-liberté devant le juge administratif grâce à la désignation de l'administrateur *ad hoc* qui, cette fois, aura pu intervenir.

En cas de refus, ou si la demande est jugée irrecevable par l'un de ces juges, pourrait être soulevé le caractère in conventionnel des dispositions motivant le refus ou l'irrecevabilité, au regard de la CIDE, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et/ou de la CESDH.

Dans un second temps, conformément aux conditions de recevabilité suscitées et à défaut de résultat par le biais d'une des pistes précédentes, un recours auprès de la CEDH pourra être envisagé.

Conscientes du caractère sommaire de la présente étudecompte tenu de l'ampleur du travail à accomplir et de la gravité de la situation, nous nous permettons malgré tout d'espérer qu'elle présentera une utilité au GISTI, voire à d'autres acteurs engagés en faveur de l'amélioration de la situation des MIE.

Enfin, nous souhaitons sincèrement remercier :

- Monsieur Martini, pour sa réactivité et le précieux partage de son expérience dans le domaine
- Les bénévoles de l'Adjie, pour leur accueil et pour nous avoir permis de participer activement à la permanence
- Mesdames Niboyet et Sinopoli, pour leurs encouragements, et pour nous avoir fourni dès le départ des bases solides et claires sur lesquelles établir notre travail
- Maitre Clara Schlemmer-Bégué, pour sa proximité, sa disponibilité et ses compétences très éclairantes d'un point de vue pratique
- Madame la Juge Pelletier, pour son temps et l'enthousiasme avec lequel elle nous a reçues et expliqué la procédure à suivre pour débloquer la situation, et pour nous avoir communiqué son souhait d'agir personnellement en ce sens.

ANNEXE

Entretien avec Me CLARASCHLEMMER-BÉGUÉ, avocate au sein du cabinet BWG ASSOCIÉS situé au 9, Villa AUBLET, 75017 Paris :

Nous avons, avant le rendez-vous, envoyé notre travail à Me SCHLEMMER-BÉGUÉ qui nous a tout d'abord fait remarquer que l'article 389-2 du Code Civil, dont nous avons envisagé l'application, traitait en fait, de l'administration légale.

L'administration légale intervient dans l'hypothèse où au moins l'un des parents exerce l'autorité parentale : dans certain cas, ce dernier exercera son autorité parentale sous le contrôle du juge des tutelles. Pour ce qui est des MIE, aucun parent n'est présent pour exercer cette autorité parentale. Nous nous sommes donc aperçues, avec l'aide de Me SCHLEMMER-BÉGUÉ, que l'article 391 du Code Civil qui prévoit les conditions dans lesquelles, s'agissant de l'administration légale, le JAF peut être saisi⁸⁶, ne pouvait s'appliquer à notre étude.

⁸⁶ Article 391 c. civ. : Dans le cas de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le juge des tutelles peut, à tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, décider d'ouvrir la tutelle après avoir entendu ou appelé, sauf urgence, l'administrateur légal. Celui-ci ne peut faire, à partir de la demande et jusqu'au jugement définitif, sauf le cas d'urgence, aucun acte qui requerrait l'autorisation du conseil de famille si la tutelle était ouverte.

Le juge des tutelles peut aussi décider, mais seulement pour cause grave, d'ouvrir la tutelle dans le cas d'administration légale pure et simple.

Dans l'un et l'autre cas, si la tutelle est ouverte, le juge des tutelles convoque le conseil de famille qui pourra soit nommer tuteur l'administrateur légal, soit désigner un autre tuteur.

L'utilisation combinée des articles 373 et 390 permet d'affirmer qu'il y a bien lieu à l'ouverture d'une tutelle. Mais l'article 391 du Code Civil ne s'appliquant pas ici, nous nous sommes toutes les trois demandées quelle était la procédure de saisine du JAF à suivre pour faire constater l'ouverture d'une tutelle. Nous avons tenté de nous tourner vers un autre texte, afin de connaître les personnes aptes à saisir le JAF pour lui demander de constater l'ouverture d'une tutelle, mais le manque de clarté évident des textes ne nous a pas permis de trouver une réponse appropriée à cette question. En effet, Me SCHLEMMER-BÉGUÉ nous a également fait remarquer que l'article 1217 du Code Civil excluait les cas prévus par l'article 390 du même Code. Nous avons donc envisagé l'idée selon laquelle tout intéressé pouvait saisir le JAF qui, une fois la tutelle ouverte et déclarée vacante en application des textes, désignerait les services de l'ASE tuteurs du MIE. Cependant, il nous restait à trouver un fondement textuel à cette idée. C'est le rendez-vous que nous a obtenu Me SCHLEMMER-BÉGUÉ, avec une juge aux affaires familiales de Paris, qui nous a permis d'envisager cette idée avec plus de précision.

Entretien avec Madame le juge aux affaires familiales de Paris Christiane PELLETIER,
le 24 avril 2013, Palais de Justice de Paris, 4, boulevard du Palais, 75001 PARIS :

Nous avons tout d'abord eu la chance de découvrir que Madame le Juge était très au fait de la situation des mineurs étrangers non accompagnés, et qu'elle avait activement participé à plusieurs conférences sur ce sujet.

Madame PELLETIER nous a directement apporté des informations concernant l'ensemble du phénomène et ce de manière très claire. Elle nous a également permis d'envisager une action judiciaire apte à débloquer la situation de ces mineurs.

Selon Madame le juge, l'expression MIE serait dépassée et il conviendrait de parler de « mineurs étrangers non accompagnés ».

Ces mineurs sont, par définition, à la fois mineurs (il faut également déterminer cette minorité) et non accompagnés. Mais cela ne veut pas dire qu'ils sont orphelins, même si ce sera parfois le cas. Parfois l'un des parents sera vivant et résidera dans le pays de nationalité du mineur. Dans d'autres circonstances encore, ce sera avec l'aide et le soutien de ses deux parents que l'enfant sera arrivé en France.

Les conditions d'arrivée de ces mineurs sur le territoire français diffèrent selon les cas. En effet, ils peuvent être arrivés par l'intermédiaire d'un passeur ou bien par leurs propres

moyens, avec ou sans l'aide de leurs parents. Le plus souvent, comme nous le confie Madame le juge, ils sont déposés par un passeur à Roissy avec l'adresse de l'ASE « en poche », et vont directement rejoindre les locaux de l'ASE dans le but de se faire prendre en charge par cette dernière.

Soit l'ASE prend directement en charge le mineur, soit le parquet, après avoir été informé de la situation du mineur, saisit le juge des enfants qui rend une ordonnance de placement provisoire. Il ne s'agit ici que de la prise en charge du mineur et cette action ne confère pas au mineur un représentant légal. Dans un premier temps ils sont donc en principe mis à l'abri.

Le juge des enfants ordonne le placement provisoire, mais il peut également ordonner des mesures d'assistance éducative. Il peut ponctuellement ordonner des interventions pour des actes relativement importants. Il peut ainsi nommer un administrateur *ad hoc*.

Madame le juge, dans une ordonnance du 6 juillet 2011, affirme que les articles 388-2 et 389-3 ne peuvent servir de base à la demande du GISTI tendant à faire désigner un administrateur *ad hoc*. En effet, étant donné que les parents, représentants légaux de l'enfant, ne sont pas présents, il n'y a pas d'opposition d'intérêts entre eux et le mineur. Surtout, contrairement à ce qu'a pu soutenir le GISTI, pour elle, l'opposition d'intérêts alléguée ne peut pas impliquer l'ASE lorsque celle-ci n'a pas été préalablement déclarée représentante légale de l'enfant.

Selon Madame le juge, il faut donc en premier lieu saisir le JAF aux fins de constatation de l'ouverture d'une tutelle pour que le juge désigne l'ASE tutrice de l'enfant. En application de l'article 411 du Code Civil, lorsque le JAF déclare une tutelle vacante, peu importe l'accord ou non de l'ASE, le JAF lui délègue la tutelle. Madame PELLETIER précise que, même dans le cas de mineurs isolés, le JAF essaie de voir s'il est possible de constituer un conseil de famille pour ouvrir la tutelle. Aussi, dans les cas où l'ASE a déjà pris en charge le mineur, avant de lui déférer directement la tutelle de l'enfant, une enquête est réalisée afin de déterminer s'il a de la famille sur le territoire français. La tutelle n'est déclarée vacante et déferée à l'ASE que lorsqu'il est impossible de constituer un conseil de famille (ce qui représente la majorité des cas pour les MIE).

La question était donc celle de savoir dans quelles conditions le JAF pouvait être saisi aux fins de constatation de l'ouverture d'une tutelle. En effet, la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs prévoit que le juge des tutelles ne peut plus se saisir d'office.

Cette loi, créée pour les majeurs, est en principe également applicable aux mineurs, faute pour elle de spécifier clairement qu'elle exclut de son champ d'application les mineurs.

Cependant, il existe, pour les JAF, un devoir de surveillance générale des mesures de protection dans leur ressort (article 416 du Code Civil), et pour Madame PELLETIER, ce devoir implique aussi la possibilité de se saisir d'office.

À partir du moment où la situation du mineur étranger non accompagné est signalée au JAF, Madame PELLETIER estime que tout JAF pourrait se saisir d'office. La « saisine » consisterait donc en une simple lettre informant le JAF de la situation préoccupante d'un mineur.

Selon Madame le Juge, il faudrait donc procéder comme suit : dans un premier temps, il conviendrait d'ouvrir la tutelle. Pour ce faire, une simple lettre l'informant de la situation du mineur lui permettrait de se saisir d'office sur le fondement de son devoir général de surveillance des tutelles (article 416 du Code Civil). La tutelle serait alors ouverte puis déclarée vacante par le juge qui la déférerait donc à l'ASE (article 411 du Code Civil). Une fois la tutelle déferée à l'ASE, cette dernière deviendrait donc représentante légale du mineur, de sorte que la condition de l'existence d'un représentant légal serait alors remplie et que l'article 389-3 pourrait s'appliquer. Le JAF peut, en application de l'article 389-3, être saisi par l'administrateur légal du mineur, le ministère public, ou le mineur lui-même, mais il peut également se saisir d'office aux fins de désignation d'un administrateur *ad hoc*. Selon Madame Pelletier, dès lors que la tutelle sera déferée à l'ASE, elle serait entièrement disposée à se saisir d'office directement, en cas d'opposition d'intérêts caractérisée par le fait que le mineur souhaiterait agir devant le juge administratif contre l'ASE.

Ainsi, le mineur, représenté par son administrateur *ad hoc*, pourrait intenter une action devant le juge du référé liberté pour obliger l'ASE à le prendre en charge en application de l'article L221-1 du Code de l'Action Social et des Familles.

L'administrateur *ad hoc* n'intervient que pour un acte ponctuel. Sa mission consiste à faire ce que les parents ne font pas, et les parents ne demanderaient pas l'ouverture d'une tutelle.

Si les parents déclaraient préalablement qu'ils déléguaient leur autorité parentale, il y aurait plutôt délégation de l'autorité parentale et non tutelle.

L'administrateur *ad hoc* peut être toute personne qui se trouve dans l'entourage du mineur. Plus largement, au-delà de la situation des mineurs étrangers non accompagnés, la désignation d'un administrateur *ad hoc* intervient par exemple, selon Madame le juge, pour des cas dans lesquels lors d'une succession, l'enfant est en opposition d'intérêts avec le parent survivant.

Madame PELLETIER nous expose une affaire dans laquelle le frère d'un MIE, lui-même en situation irrégulière, était revenu en France et demandait à avoir la tutelle de son petit frère mineur. Il disposait également de personnes susceptibles de constituer le conseil de famille. L'ASE s'y est opposée et a demandé à ce que la tutelle lui soit octroyée car le frère était en situation irrégulière. Dans cette affaire, la tutelle a été déferée à l'ASE.

Les enfants que Madame PELLETIER a eu l'occasion de recevoir dans l'enceinte de son bureau viennent par exemple de Mauritanie ou encore du Pakistan.

Il est souvent difficile de déterminer à première vue leur âge, car ils ressemblent physiquement souvent à des adultes. Il est en effet difficile de déterminer l'âge d'un homme entre 16 et 18 ans.

Pour déterminer l'âge de la majorité en droit international privé, il faut se référer à la loi nationale de l'individu. Cependant, le juge des enfants n'est compétent que pour les enfants de moins de 18 ans. En ce qui concerne l'ASE, elle a un statut de droit public et ne peut prendre en charge que les enfants de moins de 18 ans. Donc statutairement, l'ASE ne peut prendre en charge une personne de 19 ans qui serait pourtant mineure selon son droit national.

Le juge des enfants peut rendre une ordonnance dans laquelle il énonce qu'il appartient à l'ASE de saisir le JAF pour se faire déléguer l'autorité parentale ou octroyer la tutelle mais, dans certains cas, l'ASE ne le fait pas. L'ordonnance peut être envoyée au procureur de la République. Rien n'empêche le parquet d'informer le JAF par une simple lettre avec, principalement, un exposé de la situation du mineur et ses papiers d'identité.

Madame PELLETIER souligne également que seule l'ASE est apte à prendre en charge ces mineurs, mais que, cependant, budgétairement, les services de l'ASE ont également leurs limites.

Un rapport d'Isabelle DEBRE de mai 2010 sur la situation des mineurs isolés étrangers a donné lieu à la création d'une commission pour tenter de faire avancer la situation des MIE.

Il y a un véritable problème de financement et une très grande disparité entre les départements. Le département des Hauts-de-Seine possède beaucoup de moyens mais peu de structures et Paris ne cesse d'augmenter le financement de ses services de l'aide sociale à l'enfance.

Lors de cet entretien, nous avons également évoqué la période pendant laquelle, une fois le JAF saisi d'office en vue de la constatation de l'ouverture d'une tutelle, le mineur étranger non accompagné reste sans représentant légal. En effet, la période pendant laquelle le juge cherche à savoir si une personne proche du mineur pourrait être déclarée, après constitution d'un conseil de famille, tutrice de l'enfant, peut durer assez longtemps. L'idée serait donc d'instaurer un représentant provisoire qui pourrait permettre au mineur étranger non accompagné de saisir le juge administratif.

Une permanence à l'Adjie

Afin de mieux prendre conscience de l'intérêt de nos travaux, et parce que nous souhaitions savoir ce qui se passait « sur le terrain », nous avons saisi l'occasion de participer à l'une des permanences de l'Adjie (accompagnement et défense des jeunes isolés étrangers).

Ne sachant que peu à quoi nous attendre, nous nous sommes rendues au lieu convenu avec l'idée qu'il s'agirait simplement pour nous d'observer, de prendre connaissance des actions engagées pour aider les MIE, et de participer aux entretiens : rien de bien sorcier donc. La difficulté de la tâche, celle des bénévoles qui sont, eux, présents de manière permanente, est en réalité bien plus grande !

18h45 : À peine arrivées, nous voilà accueillies chaleureusement par l'un des bénévoles qui, ayant terminé sa journée, passe le relais à une nouvelle venue. En attendant l'arrivée de Monsieur Martini, le « patron », comme le surnomment les bénévoles, nous entamons la conversation avec l'une d'entre eux. Après nous avoir brièvement questionnées sur les raisons de notre venue et nous avoir exposé sa démarche, celle-ci ne peut s'empêcher d'exprimer sa joie de savoir que l'un des mineurs dont elle assure le suivi vient de se voir attribuer une chambre d'hôtel pour quelques temps. Cela faisait des mois qu'ils attendaient cela.

Le mineur en question arrive quelques minutes plus tard. Bien que la communication paraisse compliquée, le « ça va ? » à la française fait l'affaire et semble universel... La bénévole en profitera pour lui fournir quelques vêtements, qui semblent provenir de la garde-robe personnelle de l'un de ses enfants.

Arrive alors une nouvelle recrue, qui semble également perdue. Nous engageons la conversation et l'interrogeons sur les raisons de sa présence : étudiante en anthropologie, elle est tombée par hasard sur le site de l'association et a voulu se rendre utile. Nous apprendrons au cours de la soirée que les formations et voies suivies par les bénévoles pour arriver jusqu'ici sont aussi variées les unes que les autres. En effet, s'ils bénéficient tous au départ d'une sorte de formation commune visant à les sensibiliser et à leur indiquer les procédures à mettre en œuvre, ils viennent de tous horizons.

Pour notre part, le hasard nous attache en trinôme à une bénévole étudiante en droit. Cette dernière a la gentillesse de nous expliquer de manière complète et avec beaucoup de patience le déroulement des opérations : chaque mineur a son « porte documents » personnel. Celui-ci comporte notamment les photocopies de ses papiers d'identité, son éventuelle ordonnance de placement, sa convocation devant le juge, *etc.* S'y trouve également sa « fiche entretien », qui tend à comporter les informations utiles et nécessaires sur sa situation : ses conditions et la date de son arrivée, son âge, l'existence d'une scolarisation ou non dans son pays d'origine, ses aspirations, le lieu où il dort, *etc.* Les permanences fonctionnant par roulements, ce système de fiches, modifiées à chaque passage du mineur, permet aux bénévoles de se relayer, de sorte que le mineur n'est pas en difficulté s'il ne retrouve pas le même interlocuteur à chacun de ses passages.

Une fois les bases posées, les entretiens peuvent commencer. Chacune de nous trois contribue alors de son mieux à un accueil aimable et à la réalisation d'un entretien utile et efficace avec le mineur.

Les premières difficultés et maladroites ne tardent cependant pas à se manifester. En effet, tandis que nous procédons à l'entretien de manière plutôt directe et déroulons la liste des questions telle qu'elle figure sur la fiche, notre guide nous fait gentiment remarquer que nous ne sommes pas dans le cadre d'un interrogatoire et qu'il vaudrait mieux que les questions relatives aux coordonnées du mineur, à la présence de membres de sa famille en

France où à ses conditions d'arrivée ne soient pas les premières posées, ceci afin de ne pas l'inciter à être plus méfiant qu'il ne l'est déjà.

21 h : Heure de fin initialement prévue. Tandis que le mineur expose sa situation, les raisons et conditions déplorables de sa venue en France, la faim se fait sentir, et des gargouillements gênés et malvenus se font entendre.

Une fois sa fiche remplie et les actions à déployer recensées, nous lui donnons une date à laquelle revenir pour faire le point sur sa situation. Aussitôt libérée, sa place est prise par un autre mineur.

La prise de contact avec ce dernier est confuse. Acquiesçant à tous nos propos, il apparaît assez rapidement qu'il ne comprend pas nos questions. Ne parlant ni français, ni anglais, ni aucune langue que l'une de nous maîtrise un minimum, nous voilà dans l'impossibilité d'obtenir les informations nécessaires. La solution était toute trouvée : se tourner vers les nombreux mineurs en attente dans la salle d'à côté. Avec un peu de chance, l'un d'entre eux serait ressortissant du même État, parlerait la même langue et connaîtrait également quelques mots de français.

Alors que notre accompagnatrice sollicite leur aide, tous se portent volontaires. Après avoir précisé que leur collaboration ne leur permettrait cependant pas de passer en priorité, une baisse d'enthousiasme se fait nettement sentir. L'un d'entre eux maintient malgré tout sa proposition. Il nous fait alors gracieusement office de traducteur.

Grâce à lui, le mineur aura sa fiche personnelle, préalable nécessaire à tout soutien de l'Adjie. Une fois l'entretien terminé, n'étant pas francophone et ne disposant d'aucun endroit où dormir pour la nuit, nous le munissons d'une pancarte, à brandir devant qui voudra bien la voir, pour qu'il puisse retenter au cours de la soirée de joindre le 115, dont la ligne était jusqu'à présent saturée.

23 h : La permanence touche à sa fin. Notre guide n'est pas surprise : les horaires de fin de permanence mentionnés ne le sont qu'à titre purement indicatif...

Tandis que le dernier mineur doit retrouver la rue, nous reprenons la route et nous apprêtons au contraire à profiter d'une bonne nuit de sommeil, toutefois plus agitées et conscientes de la réalité environnante.

Table des matières

LA PROTECTION DES MINEURS ISOLÉS ÉTRANGERS

I L'ABSENCE DE PROTECTION EFFECTIVE DES MINEURS ETRANGERS ISOLES RESULTANT D'UN SYSTEME DE PROTECTION DE L'ENFANCE INADAPTE	4
§1 Le système français de la protection de l'enfance.....	5
§2 Un système complexe et difficilement adaptable au cas des mineurs isolés étrangers	8
A/ En droit : une pluralité d'intervenants paradoxale compte tenu de l'absence de protection	9
B/ En fait : un intervenant unique empêchant à lui seul toute protection par son refus d'intervenir	10
II LES RECOURS VISANT A ASSURER UNE PROTECTION EFFECTIVE DES MINEURS ISOLES ETRANGERS ET LE RESPECT DES OBLIGATIONS INTERNES ET INTERNATIONALES DE L'ÉTAT FRANÇAIS	11
§1 Les recours devant les juridictions nationales	11
A/ Les éléments propres aux voies administrative et judiciaire.....	11
1) La voie judiciaire	11
a) La demande de protection adressée au juge des enfants	11
b) La protection par l'intervention du Juge aux Affaires Familiales.....	12
2) La voie administrative.....	17
a) La recevabilité de la requête en référé liberté	17

b) Les conditions de fond du référé liberté.....	19
B/ Les éléments communs aux voies administrative et judiciaire	20
1) La question prioritaire de constitutionnalité (QPC)	20
2) Le contrôle de conventionalité.....	24
a) Par rapport à la CIDE.....	24
b) Par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne	30
c) Par rapport à la CESDH.....	35
§2 Le recours devant la CEDH : un recours adapté à la situation des mineurs étrangers isolés	37
A/ Les conditions de recevabilité.....	37
B/ Les chances de succès au fond	39
 ANNEXE.....	 42
Entretien avec Me CLARA SHLEMER-BEGUE,	42
Entretien avec Madame le juge aux affaires familiales de Paris Christiane PELLETIER, le.....	43
<i>Une permanence à l'Adjie.....</i>	47