

L'adoption peut-elle devenir un mode de protection de l'enfant ?

Claire Neirinck

DANS **JOURNAL DU DROIT DES JEUNES 2017/8 N° 368-369-370**, PAGES 63 À 74
ÉDITIONS **ASSOCIATION JEUNESSE ET DROIT**

ISSN 2114-2068

DOI 10.3917/dj.368.0063

Date de mise en ligne : 06/06/2018

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2017-8-page-63?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.

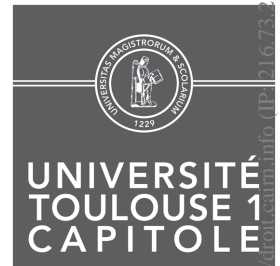


Distribution électronique Cairn.info pour Association jeunesse et droit.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Papa, maman, l'ASE et moi : la loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance - Journée d'étude du 23 mars 2017 - Institut de droit privé - Université Toulouse 1 Capitole



L'adoption peut-elle devenir un mode de protection de l'enfant ?

Claire Neirinck

Faire de l'adoption un mode de protection de l'enfant est une idée qui a fait son chemin à travers le monde, y compris en France. La transformation de cette forme particulière de filiation en mesure de protection des enfants en danger relève d'une démarche politique que le professeur Alain Supiot qualifie de «*gouvernance par les nombres*». La gouvernance par les nombres consiste à privilégier «*la réalisation efficace d'objectifs mesurables plutôt que l'obéissance à des lois justes*⁽²⁾».

Du côté de l'efficacité et des objectifs mesurables, cette utilisation de l'adoption semble doublement justifiée.

D'une part, cette évolution est justifiée par la loi de l'offre et de la demande. Le nombre des enfants adoptables diminue au point d'être très inférieur à celui des demandes. Celui des mineurs pupilles de l'État - qui constituaient autrefois le vivier de l'adoption interne - est en réduction constante. En outre, seul un tiers environ des pupilles sont des enfants nés d'un accouchement anonyme et secret, donc très jeunes.

Les autres, devenus pupilles à la suite d'une déclaration judiciaire d'abandon, d'un retrait de l'autorité parentale ou du décès de leurs parents, nettement plus âgés et marqués par une histoire personnelle souvent chaotique, ne correspondent pas aux projets des adoptants potentiels.

Dans le cadre international, de nombreux pays «*donneurs d'enfants*» privilégient désormais l'adoption interne, l'adoption internationale y devenant subsidiaire; d'autres ne «*livrent*» à l'internationale que des «*quotas*» d'enfants.

D'autres, enfin, refusant que leurs enfants soient adoptés par des couples de personnes de même sexe, ne les confient plus aux pays qui ont légiféré en ce sens.

En conséquence, les adoptions internationales en France, dont le nombre a fortement baissé⁽³⁾, concernent souvent

des enfants «*à besoins spécifiques*», c'est-à-dire âgés, en fratrie ou souffrant d'une pathologie⁽⁴⁾. Le nombre des adoptions internes et internationales est devenu comparable⁽⁵⁾. À l'opposé de l'offre, la demande est de plus en plus forte : en France, les départements ont délivré 5 129 agréments en vue de l'adoption en 2015⁽⁶⁾.

D'autre part, cette évolution est justifiée par des considérations économiques. Transformer une mesure de protection en adoption permet de transférer la charge des enfants délaissés - charge qui pèse sur les budgets sociaux départementaux de plus en plus «*constraints*» - sur les adoptants, qui, en conséquence du lien de filiation, sont tenus d'une obligation d'entretien envers l'enfant adopté.

(1) Professeur émérite, Université de Toulouse 1- Capitole – EA 1920

(2) A SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, éd. Fayard 2015. D'ailleurs le titre 1^{er} de la loi du 14 mars 2016 est «*Améliorer la gouvernance nationale et locale de la protection de l'enfance*».

(3) *La lettre de l'UNAF* n° 515, 1^{er} févr. 2016.

(4) F. MIGNOT, «*L'adoption internationale dans le monde : les raisons d'un déclin*», Population & sociétés, n° 519, févr. 2015. Selon les statistiques de l'adoption internationale publiées par le ministère des Affaires étrangères, le chiffre total des adoptions internationales en 2016, incluant les adoptions prononcées dans le cadre de la Convention de La Haye et celles prononcées hors la Convention de La Haye, s'élevait à 953 enfants dont 638 dits «*à particularité*».

(5) La Croix, mercredi 11 févr. 2015, «*L'adoption internationale en chute libre*», M. LA-MOUREUX, p.6.

(6) Observatoire National de l'enfance en danger, «*La situation des pupilles de l'État*», la Documentation française, février 2016.

Les enfants confiés ou placés à l'ASE ne sont pas, par définition, adoptables et ils n'ont pas, en principe, vocation à le devenir

Ces justifications pragmatiques ont conduit madame Bertinotti, alors ministre déléguée à la Famille, à commander à un groupe de travail présidé par madame la professeure Adeline Gouttenoire un rapport sur le thème «*Protection de l'enfance et adoption*⁽⁷⁾».

Sous couvert d'assurer les besoins fondamentaux des enfants et en particulier la stabilité de leur prise en charge, ce rapport, répondant à la commande, émettait des propositions permettant de favoriser l'adoption de certains enfants accueillis par l'ASE. Pour autant ses auteurs étaient conscients que c'était là, précisément, que résidait la difficulté ! En effet les enfants confiés ou placés à l'ASE ne sont pas, par définition, adoptables et ils n'ont pas, en principe, vocation à le devenir.

En particulier l'objectif des mesures d'aide sociale est au contraire de permettre aux enfants concernés de retrouver leur place au sein de leur famille à l'issue d'une prise en charge ponctuelle. Néanmoins, comme le constatait la célèbre formule d'un juriste anglais, «*le Parlement peut tout faire sauf changer une femme en homme et un homme en femme*⁽⁸⁾».

Puisque que même cette réserve fondée sur le bon sens a pu être surmontée, on peut affirmer sans risque de se tromper que le législateur peut effectivement tout faire... Et il a transformé l'adoption en mesure de protection de l'enfance grâce à la loi du 14 mars 2016, issue d'une proposition de loi défendue devant le parlement par Mme Laurence Rossignol, nouveau ministre déléguée à la famille.

Dans un rapport préalable présenté au Sénat sur ce thème⁽⁹⁾, Mmes Michelle Meunier et Muguette Dini, sénatrices dont les travaux ont toujours été très favorables à l'adoption, relevaient que «*certaines situations nécessitent assurément de libérer les enfants de la tutelle de leurs parents*» Elles proposaient, en conséquence, de placer l'intérêt de l'enfant⁽¹⁰⁾ au cœur du dispositif de protection de l'enfance et soutenaient que «*le principe de précaution devrait toujours bénéficier en priorité aux*

enfants et non aux parents comme cela est trop souvent le cas».

Mais «*tout faire*» a toujours un prix ! Le prix de la transformation de l'adoption en mesure de protection de l'enfance sera double : humain et juridique. On peut comprendre et pressentir qu'il sera très lourd, puisque cette transformation consiste à «*forcer*» l'adoptabilité d'enfants non adoptables. Dans ce «*forçage*», le remplacement de la déclaration d'abandon qui sanctionnait un comportement parental volontaire par la déclaration de délaissement - qui renonce à cette exigence et se fonde sur la situation objective de l'enfant - représente l'étape finale.

La déclaration de délaissement constitue le terme visible d'une démarche qui l'est beaucoup moins, car elle commence en amont avec la mise en place d'un tiers personnage nouveau en ce qu'il accueille durablement et bénévolement un enfant qui lui est confié par l'ASE. Ce tiers n'a pas encore retenu l'attention, car il est largement inconnu du public, de la jurisprudence et de nombreux services de l'ASE n'y ont pas encore eu recours. Pourtant, grâce à ce nouveau tiers, l'adoption a déjà pris place au sein des mesures de protection de l'enfant.

Il en est l'instrument parfait, car son intervention permet d'inverser le processus adoptif (I). Il en résulte une métamorphose imperceptible de la mesure de protection en adoption, le tiers accueillant n'ayant qu'à présenter au terme de cette inversion, s'il le souhaite, une requête en adoption (II). Celle-ci vient consacrer une qualité parentale déjà acquise.

I. L'accueil durable et bénévole : l'inversion du processus adoptif

Logiquement la filiation est première et l'exercice de l'autorité parentale en découle. La démarche adoptive qui fait d'un enfant étranger le fils de l'adoptant est d'emblée posée sur le terrain de la filiation. Elle commence avec la mise en présence d'un enfant adoptable et d'une personne ou d'un couple marié, titulaire d'un agrément pour adopter obtenu à l'issue d'une démarche administrative destinée à éprouver leur volonté d'être parent adoptif⁽¹¹⁾.

Le placement de l'enfant adoptable chez les futurs adoptants sert de «*sas temporel et juridique*» entre les deux filiations de l'enfant, la première fondée sur la procréa-

(7) A. GOUTTENOIRE et I. CORPART, 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance aux réalités d'aujourd'hui, *La Documentation Française*, avr. 2014.

(8) J. L. de LOLME, cit in P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, «*La folie dans la loi : considération critique sur la nouvelle jurisprudence de la CEDH en matière de transsexualisme*», *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2003, p. 1157.

(9) *Rapport d'information au Sénat n° 655 (2013-2014) déposé au Sénat le 25 juin 2014.*

(10) Si l'intérêt de l'enfant – que l'article 3-1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant a érigé en «*considération primordiale*» – peut être perçu et utilisé comme standard juridique, cette référence présente l'inconvénient majeur de n'imposer aucune image, aucun comportement précis, ce qui justifie pourtant le recours au standard. Chacun apprécie l'intérêt de l'enfant subjectivement, ce qui, le plus souvent, permet au fait d'écarter le droit : C. NEIRINCK, «*À propos de l'intérêt de l'enfant*», in C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN (dir.), *La Convention Internationale des Droits de l'Enfant, une convention particulière*, éd. Dalloz 2014, coll. *Thèmes, Commentaires et Études*, p. 25.

(11) *CASF. art. L.225-2 et C. civ. art. 353-1*

Les enfants admis en qualité de pupille de l'État doivent faire l'objet, dans les meilleurs délais, d'un projet de vie qui s'articule avec le projet pour l'enfant

tion et la seconde fondée sur un jugement. Le placement marque en effet le point de départ de l'accueil de l'enfant au foyer des futurs adoptants pour une durée de six mois minimum. Cette période d'accueil est juridiquement totalement neutre en ce qui concerne les droits de la famille d'origine et les droits à venir des adoptants⁽¹²⁾. Elle interdit ainsi toutes les confusions et les pressions qui pourraient résulter de la coexistence de ces deux familles sur le statut de l'enfant et sur les droits des adultes.

Dès le placement, la famille d'origine ne peut plus acquérir ou exercer de droits sur l'enfant. À l'issue des six mois d'accueil, les futurs adoptants peuvent engager la procédure au terme de laquelle l'adoption sera prononcée. Cette filiation est rétroactivement établie à compter de la date du dépôt de leur requête au tribunal de grande instance⁽¹³⁾.

Pendant le temps de l'accueil, c'est-à-dire du placement en vue de l'adoption à la date de présentation de la requête, les futurs parents adoptifs ne sont que les gardiens de fait de l'enfant adoptable. Ils n'ont aucun droit sur celui qui est toujours pupille de l'État, protégé par ce statut juridique particulier.

Pour transformer l'adoption en mesure de protection de l'enfant il faut nécessairement inverser le processus juridique : partir de l'exercice de l'autorité parentale pour arriver *in fine* au statut de parent. La démarche commence - à l'opposé de la démarche adoptive - par la rencontre d'un enfant en danger ou simplement en risque de danger, non adoptable, avec un tiers, adulte sans qualité particulière auquel est délégué l'exercice des actes usuels de l'autorité parentale⁽¹⁴⁾ ainsi que l'obligation d'entretien.

Ce tiers coexiste pendant un temps plus ou moins long avec les parents de l'enfant, toujours détenteurs d'une autorité parentale amoindrie. L'accueil durable et bénévole facilite ainsi au fil du temps un délaissement parental objectif, les parents étant de moins en moins associés aux décisions qui concernent un enfant dont ils ne s'occupent plus. À terme, l'enfant devient pupille de l'État, c'est-à-dire adoptable.

(12) C. civ. art. 351 et 352 et 345

(13) C. civ. art. 355

(14) Cf. supra C. NEIRINCK, *La remise en cause implicite du cadre juridique : l'article L. 223-1-2 du Code de l'action sociale et des familles précise* : « Lorsque l'enfant pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance est confié à une personne physique ou morale, une liste des actes usuels de l'autorité parentale que cette personne ne peut pas accomplir au nom de ce service sans lui en référer préalablement est annexée au projet pour l'enfant.

Le projet pour l'enfant définit les conditions dans lesquelles les titulaires de l'autorité parentale sont informés de l'exercice des actes usuels de l'autorité parentale.

L'inversion du processus adoptif concerne ainsi la mise en présence d'un enfant à la charge de l'ASE (A) qui est accueilli durablement et bénévolement par un tiers (B). Il convient de préciser le profil juridique opérationnel de chacun d'eux afin de mesurer l'importance du processus adoptif discrètement mis en place par la loi du 14 mars 2016.

A. L'enfant accueilli

L'accueil durable et bénévole d'un mineur confié à l'ASE est créé par un article très peu explicite, l'article L.221-2-1 du Code de l'action sociale et des familles. Il prévoit que « lorsqu'un enfant est pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance sur un autre fondement que l'assistance éducative, le président du Conseil départemental peut décider, si tel est l'intérêt de l'enfant et après évaluation de la situation, de le confier à un tiers, dans le cadre d'un accueil durable et bénévole ».

Un décret du 10 octobre 2016⁽¹⁵⁾ a créé dans le Code de l'action sociale et des familles une section consacrée à l'accueil durable et bénévole d'un enfant par un tiers⁽¹⁶⁾ : ces deux textes laissent de nombreuses questions sans réponse.

On peut néanmoins, par déduction, saisir le profil de l'enfant accueilli. La possibilité d'accueillir en placement durable et bénévole un enfant pupille de l'État - c'est-à-dire adoptable - n'est pas en soi exclue. D'une part, les pupilles sont effectivement des enfants entièrement pris en charge par les services de l'ASE. D'autre part, l'article D.221-20 du Code de l'action sociale et des familles retient cette hypothèse dans son alinéa 2.

Néanmoins, il faut pointer que cette possibilité ne peut concerner que les pupilles qui n'ont pas pu faire l'objet d'un projet d'adoption ou pour lesquels ce projet a échoué pour diverses raisons : troubles psychologiques, maladie mentale, grave, handicap, âge trop avancé... En effet, depuis la loi du 14 mars 2016, les enfants admis en qualité de pupille de l'État doivent faire l'objet, dans les meilleurs délais, d'un projet de vie qui s'articule avec le projet pour l'enfant, « défini par le tuteur avec l'accord du conseil de famille et qui peut être une adoption, si tel est l'intérêt de l'enfant ».

Ainsi, dès qu'ils deviennent pupilles de l'État, tous les enfants pour lesquels on peut raisonnablement envisager

(15) Décr. n° 2016-1352 du 10 oct. 2016

(16) CASF, partie réglementaire, art. D.221-16 à D.221-24, in section 5, « Accueil durable et bénévole de l'enfant par un tiers », du chapitre 1^{er} « Service de l'aide sociale à l'enfance », du titre II « Enfance » du livre II dédié aux « Différentes formes d'aide et d'actions sociales » du Code de l'action sociale.

L'accueil d'un mineur assuré chez et par une personne quelconque, non professionnelle, qui ne reçoit aucune rémunération

une adoption doivent en priorité faire l'objet d'un projet d'adoption; ce qui exclut de passer par le détour du placement durable et bénévole. Seuls les pupilles de l'État pour lesquels est arrêté un projet de vie sans adoption peuvent logiquement être accueillis dans le cadre de ce placement à la condition toutefois de trouver un candidat pour pratiquer ce type d'accueil.

Cette considération permet de comprendre que l'hypothèse d'un mineur pupille de l'État bénéficiant d'un accueil durable et bénévole sera de réalisation très marginale. Le fait d'accorder cette possibilité à tous les pupilles de l'État, sans condition tenant à la nature de leur projet de vie, révèle que le tiers qui accueille n'est jamais tenu d'adopter, même si l'enfant est juridiquement adoptable. En outre, il valorise le bénévolat désintéressé qui, en théorie, anime la démarche de cet accueillant.

La loi a exclu de ce type d'accueil les enfants confiés au service de l'ASE par une décision du juge des enfants statuant en assistance éducative. Il résulte de cette exclusion que la quasi-totalité des enfants qui peuvent faire l'objet d'un placement durable et bénévole ont des parents toujours titulaires de l'autorité parentale. Il s'agit de ceux qui font l'objet d'un signalement comme étant en danger ou en risque de danger, signalement qui justifie l'intervention de l'ASE.

Leur prise en charge, acceptée par leurs parents, est donc réalisée sans intervention judiciaire. Toutefois, pour faire l'objet d'un accueil durable et bénévole, la prise en charge par le service de l'ASE doit être durable, c'est-à-dire prévue pour durer. En sont exclues les prises en charge temporaires, ayant pour objectif de surmonter des difficultés familiales passagères.

L'enfant doit venir vivre au domicile du tiers pour longtemps, ce qui n'implique pas impérativement que cet accueil soit initialement organisé comme permanent⁽¹⁷⁾.

À partir de ces indications, on constate que les exemples d'accueil bénévole et durable de mineurs isolés étrangers pratiqué par des couples de retraités, qui ont été évoqué dans la presse, car expérimentés dans le département de la Loire Atlantique⁽¹⁸⁾, ne correspondent pas du tout à ce que prévoit la loi. Même si cet accueil était exercé au domicile des accueillants, il était limité à quelques mois et concernait des adolescents non accompagnés, c'est à dire sans parents exerçant l'autorité parentale.

(17) CASF, art. D.221-16 : l'accueil peut dans un premier temps être temporaire, condition de son acceptation par les parents. Puis au motif qu'il faut favoriser la stabilité de l'enfant, rien n'interdit qu'il soit transformé en accueil durable.

(18) La Croix, 1^{er} sept. 2016, p. 8, F. PAGNEUX, « Une expérience originale d'accueil de mineurs isolés étrangers ».

Avant de décider de pratiquer un tel accueil, le président du Conseil départemental doit procéder à une évaluation de la situation de l'enfant, afin de s'assurer qu'il est conforme à son intérêt⁽¹⁹⁾.

Pour appréhender concrètement la situation idéale de l'enfant accueilli durablement et bénévolement imaginons **un exemple** : la mère, Audrey 17 ans - scolarité médiocre et inachevée, sans ressources propres, avec un avenir professionnel très problématique - vit chez ses parents, eux-mêmes tributaires des aides sociales. Elle a accouché, il y a six mois, de Johnny.

Les parents d'Audrey ont peu apprécié cette charge supplémentaire, d'autant qu'Audrey n'a pas su dire qui était le père. Ils ne souhaitent pas se charger de leur petit fils et le répètent sans cesse à leur fille.

Johnny a fait l'objet récemment de plusieurs signalements, car sa mère le laisse souvent seul; il est sales, ses couches ne sont pas fréquemment changées et les horaires des biberons sont des plus aléatoires. Même si elle ne sait pas répondre à ses besoins, Audrey aime Johnny et est très fière d'avoir mis au monde un aussi beau bébé. Elle a conscience qu'elle a besoin d'aide et accepte la mesure de placement que lui propose l'ASE.

Johnny est l'enfant idéal pour un placement durable et bénévole : ce bébé en bonne santé n'a pas encore été confronté à la souffrance de l'abandon et des placements successifs. Audrey, qui peut venir voir son fils dans cette famille qui lui semble sympathique, donne sans hésiter son accord. En effet le président du Conseil départemental doit recueillir l'accord écrit du ou des parents titulaires de l'autorité parentale à la mise en place d'un tel accueil⁽²⁰⁾.

B. Le tiers qui accueille bénévolement et durablement

Si la loi permet de dessiner assez facilement le profil de l'enfant concerné par un placement durable et bénévole, elle est en revanche beaucoup moins claire en ce qui concerne le tiers accueillant. Pourtant, nous sommes en présence d'une situation totalement inédite : l'accueil d'un mineur qui relève de l'ASE, prolongé c'est-à-dire inscrit dans la durée, assuré chez et par une personne quelconque, non professionnelle, qui ne reçoit aucune rémunération.

(19) CASF, art. D.221-17, al. 1.

(20) CASF, art. L. 223-2 et D. 221-20.

Mais les parlementaires qui votent les lois ont-ils l'angélisme de croire que l'accueil d'un enfant en danger ou en risque de danger est par nature totalement désintéressé ?

Avant la loi du 14 mars 2014, tous les mineurs qui dépendaient d'un service de l'aide sociale à l'enfance ne pouvaient être confiés qu'à des personnes que ce service avait agréées après avoir contrôlé leurs compétences professionnelles qu'il s'agisse des personnes physiques telles que les assistants familiaux ou des personnes morales, telles que des foyers et des, maisons d'enfants à caractère social gérés par des associations. Dans ces accueils, les mineurs confiés à des professionnels étaient tous pris en charge économiquement par le département, par le biais des prix de journée et par le salaire versé aux assistants familiaux.

A priori, ce nouveau tiers - «*quidam*» ordinaire sans qualités particulières - semble sympathique, car altruiste., mais les parlementaires qui votent les lois ont-ils l'angélisme de croire que l'accueil d'un enfant en danger ou en risque de danger est par nature totalement désintéressé dans notre société matérialiste ?

La charge d'un enfant qui n'est pas le sien et qui a mal débuté dans la vie n'est pas toujours facile à assumer⁽²¹⁾ et ceux qui prennent un tel risque en attendent en général un bénéfice ! Sur ce point, le rapport de la commission Gouttenoire est très clair, puisqu'il fait référence aux expériences étrangères qui permettent à des candidats à l'adoption d'anticiper avec ce type de placement le moment où des enfants non adoptables le deviendront.

En conséquence, la question cruciale est celle du choix du candidat au placement durable et bénévole. Selon l'article D.221-17, II du Code de l'action sociale et des familles, le tiers qui accueille doit être «*recherché dans l'environnement de l'enfant, parmi les personnes qu'il connaît déjà ou parmi d'autres personnes susceptibles d'accueillir durablement l'enfant et de répondre de manière adaptée à ses besoins*». Le tiers peut être un parent, un voisin ou un étranger.

En général, l'accueil de l'enfant au sein de la parenté repose sur la solidarité familiale et non sur un projet d'adoption, c'est pourquoi il est le plus souvent confié à des tiers de confiance dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative⁽²²⁾.

Rechercher signifie «*tâcher de trouver avec soin, persévérance*»⁽²³⁾. Comment et où le service de l'ASE va-t-il effectuer la recherche du tiers, comme le lui impose

l'article D.221-17 du Code de l'action sociale et des familles ?

Dans le cas de Johnny, imaginons que la tante d'Audrey - qui a déjà trois enfants jeunes et d'âges très rapprochés et qui vit dans un logement exigu et peu salubre - serait néanmoins d'accord pour s'en occuper, car c'est une brave femme. Un des médecins du service de PMI qui suit Johnny a des amis de longue date dont l'épouse stérile se désespère de ne pouvoir trouver un bébé à adopter, son plus vif désir étant de pouponner. Ce médecin peut-il recommander cette amie au service l'ASE, car il est certain qu'elle sera pour Johnny un tiers bénévole et durable de grandes qualités humaines ?

Le service de l'ASE va-t-il susciter des candidatures spontanées qui devront lui être adressées ? En cas de pluralité de candidatures, comment les départager, sur quels critères et par quelles commissions ? Il n'existe actuellement aucune règle de «*recrutement*» du tiers, ni dans la loi ni dans le décret. La liberté du président du Conseil départemental est donc entière dans l'exercice de la recherche et de la sélection des tiers accueillants durablement et bénévolement.

La loi ne permet qu'une seule déduction à son sujet : le tiers est forcément une personne seule. Les textes n'envisagent ni ne suggèrent la possibilité d'accueillir en couple. Cela se comprend, car l'exercice des actes usuels de l'autorité parentale ne peut être délégué par l'ASE qu'à une seule personne afin d'éviter les conflits entre délégués sur les décisions qui sont de leur ressort. Cette règle prévaut d'ailleurs dans la délégation de l'autorité parentale, légalement réservée à un seul délégué⁽²⁴⁾. Ainsi, si on est en présence d'époux, de partenaires ou de concubins, seul un des membres du couple peut être désigné comme tiers pour un accueil durable et bénévole.

Le président du Conseil départemental doit, préalablement à toute décision, «*délivrer à l'enfant, aux titulaires de l'autorité parentale et au tiers auquel il envisage de confier l'enfant l'information nécessaire à la compréhension de ce type d'accueil. À ce titre, il leur présente le rôle du tiers à l'égard de l'enfant. Il informe le tiers de ses obligations à l'égard de l'enfant, de l'accompagnement dont il pourra bénéficier à sa demande lors de l'accueil ainsi que des modalités de contrôle dont il fera l'objet*»⁽²⁵⁾.

Si cette information semble aussi logique qu'indispensable, il est en revanche plus étonnant qu'à sa suite et

(21) Ces difficultés étant prévisibles, le législateur met en place dans l'article D. 221-22, alinéa 3 du Code de l'action sociale et des familles l'accompagnement du tiers bénévole par le service de l'ASE : cf. infra II, B

(22) Cf infra II -B, et note 42.

(23) Dictionnaire Larousse, V° «rechercher»

(24) C. civ. art. 377, al. 1 et 377-1

(25) CASF art. D.221-18.

Les garanties procédurales de l'agrément font défaut dans la sélection totalement discrétionnaire du tiers

après l'acceptation du tiers de se voir confier l'enfant ce qui laisse penser qu'il est déjà sélectionné, le président du Conseil départemental procède enfin à l'évaluation de sa situation⁽²⁶⁾. Cette évaluation consiste en un entretien entre le service de l'aide sociale à l'enfance et le tiers, organisé à son domicile. Cette règle permet de s'assurer que le tiers est en capacité de garantir le développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant et notamment qu'il pourra veiller à préserver sa santé, sa sécurité et sa moralité.

Ainsi, dans notre exemple, Johnny a plus de chance d'être confié à l'amie du médecin de PMI qu'à la tante de sa mère, d'autant plus que le législateur n'a établi aucune hiérarchie dans le choix du tiers en faveur de l'entourage familial.

Le tiers informe le président du Conseil départemental de l'ensemble des personnes vivant à son domicile. Enfin, le président du Conseil départemental doit vérifier que le tiers et les personnes qui vivent à son domicile n'ont pas été condamnés pénalement pour des actes de tortures ou de barbarie, pour des infractions de nature sexuelle ou pour défaut de soin et privation d'aliment... ce qui constitue un minimum de précaution ! Enfin le président du Conseil départemental doit recueillir la signature du tiers.

On retrouve, en plus réduits en nombre, allégés et moins contraignants en contenu, les éléments des contrôles mis en place dans la procédure d'agrément en vue de l'adoption, mais en contrepartie, les garanties procédurales de l'agrément font défaut dans la sélection totalement discrétionnaire du tiers qui accueille durablement et bénévolement⁽²⁷⁾.

Une fois que l'enfant lui est confié par l'ASE, ce tiers se comporte envers lui, dans la vie de tous les jours, pratiquement comme s'il en était déjà le parent, puisqu'il peut, de son propre chef, exercer tous les actes usuels de l'autorité parentale. En outre, en cas de difficulté, il peut bénéficier d'un suivi et d'un accompagnement assuré par le service de l'ASE.

Aussi, reprenons notre exemple. Audrey bénéficie d'un droit de visite, mais l'amie du médecin de PMI qui a été choisie pour accueillir son enfant se montre de moins en moins accueillante. Certes, si elle ne facilite pas vraiment les relations mère/fils, elle n'y fait pas obstacle. Elle se contente de demander à Audrey - dans l'intérêt de Johnny - de respecter certains horaires et rythmes pour ses visites et elle critique ouvertement

le caractère inadapté des cadeaux qu'elle lui apporte.

Audrey est en outre déçue, car le petit Johnny réagit mal aux visites de plus en plus espacées qu'elle lui rend. Peu à peu, rendre visite à Johnny devient de plus en plus lourd pour Audrey. C'est la vie : elle a un nouveau copain, militaire à Castelnaudary où elle passe le plus clair de son temps. Entre Castelnaudary et Tournefeuille où vit Johnny il y a une distance que les différents moyens de locomotion à utiliser, leur coût et la durée du déplacement rendent de plus en plus insurmontable⁽²⁸⁾.

Un jugement de déclaration judiciaire d'abandon de Johnny est désormais prévisible sur le constat objectif que sa mère n'entretient plus avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement depuis plus d'un an, alors qu'elle n'en est pas empêchée «*par quelque cause que ce soit*⁽²⁹⁾».

Ainsi, le placement durable et bénévole n'est pas exclusivement réservé aux enfants jeunes à l'égard desquels le service de l'ASE peut anticiper un délaissement futur quasi inévitable. Cependant ces derniers constituent en réalité le cœur de la mesure, car la présence de nature familiale et non professionnelle d'un tiers qui se comporte comme un parent favorise l'attachement de l'enfant, d'une part, d'autre part, elle ne peut que favoriser son délaissement progressif par des parents qui le mettaient antérieurement en danger.

Si le tiers qui accueille bénévolement n'est tenu à rien - il peut vouloir mettre fin au placement si celui-ci ne lui procure pas satisfaction ou le prolonger sans adopter - il est indéniable que sa candidature est généralement fondée sur un projet adoptif, que l'accueil durable et bénévole anticipe et commence à réaliser *de facto*.

II. La métamorphose imperceptible : de l'accueil durable et bénévole à l'adoption

Faire de l'adoption un mode de protection de l'enfant revient à confondre la prise en charge d'un enfant avec la filiation.

(28) Par rapport à Toulouse où vivent les parents d'Audrey, Castelnaudary est à 60 kms au sud-est et Tournefeuille à 18 km au sud-ouest. Ces deux villes sont distantes à vol d'oiseau de 57 km l'une de l'autre, mais en voiture, par autoroute il faut en parcourir 71. Outre la voiture, une recherche par internet propose d'avoir recours aux TER (Castelnaudary / Toulouse et Toulouse / Tournefeuille), aux bus (mais ici encore, il faut changer à Toulouse) ou au covoiturage.

(29) C. civ. art. 381-1

(26) CASF art. D.221-19, 1.

(27) CASF, art. R.225-4 à R.225-6.

Associer adoption et protection de l'enfance institue le mélange des règles et leur confusion quant à leur fonction

Cette confusion est invisible à la seule lecture des textes (A). Elle repose entièrement sur la création du tiers accueillant durablement et bénévolement. Sa création légale permet de cacher un adoptant sous la personne privée qui accepte d'assurer une mesure de protection qui relève du service de l'ASE (B).

A. La prise en charge d'un mineur confondue avec la filiation

La filiation n'est pas une technique qui dépend de l'exercice de l'autorité parentale. À l'inverse, l'autorité parentale est un des effets de la filiation. Ainsi, ceux qui dans le cadre d'une mesure d'aide sociale interviennent auprès de l'enfant en raison d'un exercice insuffisant de l'autorité parentale n'ont pas en principe vocation à prendre la place des parents.

La filiation est une institution, c'est-à-dire un ensemble de règles fondatrices qui instituent la vie et qui permettent de dépasser l'existence biologique pour établir l'enfant en qualité de sujet de droit nommé, prenant place dans une famille.

Ainsi, la filiation dote l'enfant d'une identité composée de prénoms et d'un nom de famille, d'ascendants, de frères, sœurs, oncles et cousins, d'une nationalité. Son inscription généalogique n'est pas modifiable et dépasse le fait biologique de l'engendrement.

Par exemple, une expertise biologique peut révéler que le père n'est pas le géniteur de l'enfant ou que ce dernier, nouveau-né, a été confondu avec un autre et échangé à la maternité⁽³⁰⁾. Cela ne remet pas en cause, en principe, sa filiation.

L'adoption est l'autre forme de la filiation. Fictive, car fondée sur un jugement, elle est de la même nature institutionnelle que la filiation fondée sur le sang. Elle inscrit avec autant de force l'enfant dans une famille et dans un rapport générationnel; elle lui assure une identité propre et une histoire singulière.

Qu'elle soit fondée sur la naissance ou sur un jugement d'adoption, la filiation est pour l'enfant source de droits : des droits économiques tels que l'obligation d'entretien ou les droits successoraux, mais surtout des droits extrapatrimoniaux découlant de l'inscription familiale. En particulier, l'article 7 de la CIDE affirme le droit de l'enfant d'être élevé par ses parents. Pour ses pères et mères, la filiation est source de droits assortis d'obligations et de responsabilité. Ainsi, l'autorité parentale, l'obligation

d'entretien qui est son volet économique et la responsabilité civile sont à la fois des droits et des obligations qui imposent aux parents les deux formes de la filiation.

La protection de l'enfant est d'une autre nature. Il ne s'agit non pas de contester la filiation, mais de suppléer un exercice insuffisant ou néfaste de l'autorité parentale.

Dans cette hypothèse, la filiation n'est pas en cause, seul l'exercice de l'autorité parentale l'est. La protection consiste en principe à apporter une aide adéquate à la famille, en la contrôlant et en remédiant à ses défaillances dans le seul exercice de l'autorité parentale. Cette aide est assurée par la mise en place de mesures administratives ou judiciaires grâce auxquelles des tiers prennent soin de l'enfant sans que leur action affecte sa filiation. Ces tiers, en outre, ne sont tenus à aucune obligation d'entretien, même en cas de placement lorsque le mineur leur est confié⁽³¹⁾.

La protection qui s'adresse à l'enfant en respectant son milieu familial n'a rien, par sa nature, d'institutionnelle : son rôle n'est pas de donner statut. Pourquoi, par exemple, un enfant protégé devrait-il porter le nom de celui qui l'accueille, perdre ses frères et sœurs, ou changer de nationalité ?

On mesure avec cette question la différence qui existe entre la filiation et la prise en charge. Associer adoption et protection de l'enfance institue le mélange des règles et leur confusion quant à leur fonction. Une simple prestation d'aide à la famille, sans intervention judiciaire, est confondue avec la filiation, c'est-à-dire avec l'institution la plus statutaire, fondamentale et symbolique qui soit.

L'accueil durable et bénévole, simple mesure de protection de l'enfant, empiète dès sa mise en œuvre sur le terrain de la parenté, puisque le tiers exerce la part quotidienne de l'autorité parentale et assume l'obligation d'entretien... Peut-être même devra-t-il assumer un jour la traduction de ce rôle parental sur le terrain de la responsabilité civile⁽³²⁾.

Faire de l'adoption une mesure de protection permet de forcer l'adoptabilité en accélérant le délaissement paren-

(31) Ainsi, l'article 375-8 du Code civil rappelle que «les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour les juge de les en décharger pour partie». A fortiori, le tiers qui accueille un enfant confié à l'ASE n'a pas à le faire bénévolement. Il n'a pas à assumer son entretien qui incombe aux parents ou, à défaut et à titre subsidiaire, au service de l'aide sociale : CASF, art. L. 132-5 et R.132-8.

(32) C. civ. art. 1242, al. 1 : si le service de l'ASE est en principe considéré comme ayant la garde de l'enfant, en est-il de même lorsque la personne à laquelle il le confie exerce la part principale de l'autorité parentale avec les actes usuels, est tenu de l'obligation d'entretien ce qui renforce son pouvoir et sa liberté de décision et que l'enfant est de surcroît domicilié chez lui ?

(30) TGI Grasse, 10 févr. 2015, RJP, 2015-7, 8, p. 29, I. CORPART, «Échanges de nouveau-nés lors de leur naissance et responsabilité médicale».

Cette modification permet aux tribunaux de déclarer plus souvent et plus facilement le délaissement

tal. Le tiers en remplaçant progressivement les parents permet d'anticiper et même de provoquer ce délaissement. Il suffit de favoriser des situations qui incitent les parents les plus fragiles à «*décrocher*⁽³³⁾».

Ainsi, contrairement à l'aide apportée à la fonction parentale - aide qui sous-tend toutes les interventions d'aide sociale à la famille - c'est au contraire une aide à l'éloignement des parents qui est alors mise en place. Le fait d'ériger l'adoption en mode de protection de l'enfant constitue une véritable corruption de l'aide sociale qui s'adresse toujours à des familles en difficulté.

Un tel pervertissement ne pouvait pas être clairement énoncé dans la loi qui s'est contenté d'imposer comme objectif de privilégier le statut de l'enfant dans le long terme en favorisant sa stabilité et de valoriser le lien d'attachement.

La transformation de l'adoption en mesure de protection implique la réunion, tel un puzzle, de trois pièces : un enfant jeune en risque de danger, son délaissement ultérieur par ses parents et enfin un tiers le prenant en charge. Tant que ces éléments ne sont pas réunis, cette transformation n'est pas perceptible.

À ces trois éléments, il faut en outre ajouter l'écoulement du temps, facteur important du dispositif, qui le rend encore moins visible. Il faut enfin pointer que le législateur a contribué à masquer la transformation de l'adoption en mesure de protection en séparant les trois pièces du puzzle. La pièce essentielle et nouvelle - la création d'un tiers qui accueille durablement et bénévolement l'enfant - est «*géographiquement éloignée*», car uniquement traitée dans le Code de l'action sociale et des familles. Ce tiers est donc totalement exclu du Code civil qui traite et organise la filiation et l'autorité parentale.

Au sein du Code civil, la déclaration judiciaire de délaissement a été modifiée et séparée «*géographiquement*» de l'adoption, son berceau d'origine. La déclaration judiciaire de délaissement qui repose sur la prise en compte de la situation objective de l'enfant⁽³⁴⁾ remplace l'ancienne déclaration judiciaire d'abandon qui exigeait un abandon volontaire.

(33) Par ex, placer un enfant à 300 km de sa mère placée sous curatelle renforcée interdit à celle-ci d'exercer le droit de visite que lui a accordé le juge des enfants. L'absence de visite est assimilée à un délaissement. La CEDH a admis que la France n'avait pas violé le droit à la vie familiale de la mère dans cette hypothèse, car l'intérêt de l'enfant justifiait la déclaration judiciaire d'abandon : CEDH, 26 sept. 2013, n° 4962/11, Zambotto Perrin c/ France, JurisData n° 2013-022197, Dr. fam., 2014, comm 6, note C. NEIRINCK.

(34) Cf supra, V. DOUMENG, «La notion de délaissement et son incidence sur le dispositif légal de contrôle et de sanction de l'autorité parentale», p. 37.

Cette modification permet aux tribunaux de déclarer plus souvent et plus facilement le délaissement, puisque la preuve de la volonté des parents n'a plus à être recherchée et prouvée. En outre, les services sociaux doivent désormais, systématiquement, faire constater judiciairement le délaissement.

L'article 381-2 du Code civil énonce très clairement que «*la demande en déclaration de délaissement parental est obligatoirement transmise, à l'expiration du délai d'un an prévu à l'article 381-1, par la personne, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant, après que des mesures appropriées de soutien aux parents leur ont été proposées*».

Ce durcissement du délaissement par rapport à l'abandon s'est traduit par son déplacement au sein du Code civil. L'article 381-1 figure à la suite du retrait de l'autorité parentale qui est la sanction civile la plus grave des comportements parentaux, alors que l'ancien article 350 figurait au sein des dispositions relatives à l'adoption.

Bien qu'il soit mis au rang des sanctions, le délaissement demeure une mesure de protection de l'enfant, mais le rapport Gouttenoire avait conseillé ce déplacement. Comme le délaissement a pour effet de «*priver les parents de l'exercice de leur autorité parentale, il serait préférable que le texte qui l'organise soit extrait du chapitre traitant de la filiation adoptive. Il devrait plutôt se trouver intégré aux dispositions relatives aux défaillances des parents*⁽³⁵⁾».

Sa nouvelle place au sein du Code civil met l'accent sur le contrôle de l'autorité parentale et sur sa qualité de mesure de protection de l'enfant. En contrepartie, le lien qui rattache le délaissement à la filiation adoptive est devenu beaucoup moins visible. Pourtant le délaissement demeure la seule clef judiciaire de l'adoptabilité. Selon l'article 347 du Code civil, «*[p]euvent être adoptés ... 3° Les enfants déclarés délaissés dans les conditions prévues aux articles 381-1 et 381-2*».

Ainsi, les circonstances propres à chaque intervention de l'ASE permettent au service d'anticiper ou non un futur délaissement familial. En application de l'article L.223-5 du Code de l'action sociale et des familles, le service doit établir un rapport sur la situation des enfants qui lui sont confiés depuis plus d'un an lorsqu'il existe un risque de délaissement parental ou lorsque le statut juridique de l'enfant paraît inadapté à ses besoins. Pour les enfants de moins de deux ans, ce rapport est établi tous les six mois.

(35) Rapp. GOUTTENOIRE, précit., p. 69

Le tiers ne peut accomplir que les actes usuels relatifs à la surveillance et l'éducation du mineur

Si au cours de ces contrôles, il apparaît que le délaissement de l'enfant est prévisible, la stabilité du parcours de l'enfant justifie le recours à un accueil durable et bénévole. La mesure de protection s'engage alors dans la voie qui conduit à l'adoption.

B. Sous l'accueil durable et bénévole, mesure de protection, se cache un adoptant

Le tiers qui accueille durablement et bénévolement un mineur dans le cadre d'une mesure d'aide sociale est un personnage ignoré du Code civil, qui n'existe que dans le Code de l'action sociale et des familles et essentiellement dans sa partie réglementaire. Pourtant de nombreux tiers civils auraient pu être retenus, mais aucun ne se voit octroyer les droits et les possibilités d'adoption qui sont les siennes.

Ainsi, au sein de la famille, les «*beaux-parents*», concubins ou partenaires d'un parent, qui participent de manière factuelle à la prise en charge économique du mineur demandent depuis longtemps, en vain, que leur soit reconnu légalement le droit d'accomplir les actes usuels de l'autorité parentale. En outre, parmi les tiers familiaux, seul le conjoint d'un parent peut adopter dans la forme plénière l'enfant mineur de ce dernier à la condition que son lien de filiation ne soit établi qu'à son égard.

Le tiers qui accueille durablement et bénévolement est donc légalement mieux «*servi*» que les tiers familiaux puisqu'il bénéficie de l'exercice des actes usuels de l'autorité parentale et peut à terme adopter dans la forme plénière, sans restriction, l'enfant dont il s'occupe et dont il assume déjà tous les besoins.

Le Code civil organise la **délégation totale ou partielle de l'autorité parentale** qui permet au tiers délégataire d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Ce tiers peut être un membre de la famille ou «*un proche digne de confiance*»⁽³⁶⁾.

La délégation implique toujours le recours au juge. Elle peut être demandée au juge aux affaires familiales par les parents, mais aussi par le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli le mineur en cas d'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. L'impossibilité est appréciée objectivement, ce qui rend cette situation très proche du délaissement.

Depuis, la loi du 14 mars 2016 le juge peut être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la

délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale, à l'effet de statuer sur ladite délégation⁽³⁷⁾.

Cependant la délégation, mesure de protection de l'enfant, présente l'inconvénient de ne pas permettre la création d'un rapport de filiation entre l'enfant et le délégataire, même quand le délégataire est le service de l'ASE⁽³⁸⁾. Le délégataire n'est pas un parent⁽³⁹⁾ et, en conséquence, il n'est pas débiteur de l'obligation d'entretien⁽⁴⁰⁾.

Enfin, le Code civil connaît depuis longtemps le **tiers digne de confiance**. Le tiers digne de confiance ne peut être désigné que par un juge : soit par le juge aux affaires familiales qui doit le choisir de préférence dans la parenté de l'enfant⁽⁴¹⁾, soit par le juge des enfants⁽⁴²⁾. Dans ces deux hypothèses, l'autorité parentale continue à être exercée par les père et mère, débiteurs de l'obligation d'entretien.

Le tiers ne peut accomplir que les actes usuels relatifs à la surveillance et l'éducation du mineur⁽⁴³⁾, c'est-à-dire les décisions indispensables de la vie quotidienne dans le domaine restreint de la surveillance et de l'éducation. Il s'agit donc d'un pouvoir de décision plus restreint que celui qui porte sur actes usuels de l'autorité parentale. De surcroît, il s'exerce toujours sous le contrôle d'un juge.

Le tiers digne de confiance en assistance éducative, c'est-à-dire celui qui prend en charge un mineur en danger avéré placé sous la protection conjointe du président du Conseil départemental et du juge des enfants⁽⁴⁴⁾ a récemment fait l'objet des recommandations du **Défenseur des droits**. Celui-ci y a vu une mesure trop rarement adoptée alors qu'elle est très bénéfique pour les mineurs, puisque ceux qui en bénéficient ont un meilleurs parcours scolaire que ceux qui sont placés en institution⁽⁴⁵⁾. Il a constaté que les tiers dignes de confiance sont, dans 60% des cas, choisis parmi les membres de la famille; essentiellement ce rôle est assuré par des grand-mères.

(37) C. civ. art. 377, al. 3

(38) À la différence du retrait de l'autorité parentale : CASF, art. L.224-4, 6°.

(39) Selon l'article 377-3 du Code civil, le droit de consentir à l'adoption n'est jamais délégué. En effet le délégataire n'est pas un parent : il ne peut donc pas renoncer à un droit de filiation dont il n'est pas titulaire

(40) C. civ. art. 377-2, al. 2 : en cas de restitution de l'enfant par le délégataire, les parents sont tenus de lui rembourser en tout ou partie les frais d'entretien. Ce remboursement prévu par la loi indique que la prise en charge économique assurée par le délégataire n'est qu'une avance justifiée par l'état d'abandon de l'enfant.

(41) C. civ., art. 373-3, al. 2.

(42) C. civ. art. 375-3, 2°.

(43) C. civ. art. 373-4 et 375-7.

(44) CASF, art. L.227-2.

(45) Lettre du DDE, oct. 2014, p. 13; déc. MDE-2014-134.

(36) C. civ. art. 377 : le proche digne de confiance est assimilable au tiers digne de confiance, à la différence qu'il doit être choisi dans l'entourage de l'enfant

On peut donc se demander pourquoi les auteurs de la loi du 14 mars 2016 ont jugé utile de créer un nouveau tiers

Les tiers dignes de confiance ne sont pas des professionnels et, comme l'a souligné le Défenseur des droits, les membres de la famille n'étant pas tenus de l'obligation d'entretien, il est regrettable que le juge des enfants oublie dans la majorité des cas de fixer la contribution alimentaire des parents. De même, le Défenseur des droits a souhaité que les tiers dignes de confiance soient mieux suivis et aidés dans la lourde prise en charge, physique et psychologiquement, d'un enfant au passé difficile et douloureux. Ces recommandations n'ont pas été suivies d'effets.

On peut donc se demander pourquoi les auteurs de la loi du 14 mars 2016 ont jugé utile de créer un nouveau tiers, qui comme le délégataire ou le tiers de confiance n'est pas un professionnel et peut être choisi au sein de la famille.

En particulier, la désignation d'un tiers digne de confiance par le juge des enfants, juge des mineurs en danger, pouvait facilement être étendue et bénéficier également aux enfants en risque de danger, puisqu'ils sont appelés à intervenir auprès du même type d'enfants.

La réponse s'impose : le tiers de l'article L. 221-2-1 Code de la famille et de l'aide sociale est une création sur mesure : doté d'un statut *ad hoc* et réservé au seul domaine de la protection de l'enfance, le tiers qui accueille durablement et bénévolement peut passer - sans y paraître et sans que la moindre intervention judiciaire soit nécessaire - du rôle d'exécutant d'une mesure de protection à celui d'adoptant sur le terrain de la filiation. Pour ce rôle, il doit, condition essentielle, être recruté par le service de l'ASE. Il ne peut donc être désigné que par le président de Conseil départemental. C'est pourquoi l'enfant en danger confié à l'ASE par le juge des enfants est exclu de l'accueil durable et bénévole.

La loi est muette sur les critères de la désignation de ce tiers, comme cela a déjà été souligné. Son recrutement dépend entièrement et discrétionnairement du service départemental de l'aide sociale. Il participe ainsi, incontestablement, à une mission de protection d'un enfant qui lui est confié par le service en raison d'un exercice défaillant de l'autorité parentale.

Cette mission consiste à l'accueillir durablement à son domicile et à assumer ses besoins. Cette mission est pratiquement identique celle qui est assurée par une assistante familiale.

Si on compare le tiers de l'article L.221-2-1 aux **assistants familiaux**, la différence essentielle réside dans le caractère professionnel de ces derniers. Ils sont recrutés par le service de l'ASE pour accueillir à leur domi-

cile, moyennant rémunération, des mineurs qui lui sont confiés. Leur activité professionnelle est inscrite dans le dispositif de protection de l'enfance. Ils sont des travailleurs sociaux à part entière : ils doivent ainsi avoir suivi une formation préalable obligatoire, qui peut être sanctionnée par le diplôme d'État d'assistant familial⁽⁴⁶⁾.

En outre, l'accueil des enfants à leur domicile est subordonné à l'obtention d'un agrément délivré par le président du Conseil départemental après vérification que les conditions d'accueil garantissent la santé, la sécurité et l'épanouissement des mineurs accueillis.

Tout au long de l'accueil d'un ou plusieurs enfants, l'assistant familial est accompagné d'une équipe de professionnels de l'ASE, composée de travailleurs sociaux et d'un psychologue, qui suit le développement de l'enfant sur le plan psychologique et éducatif et mène un travail avec les parents de l'enfant.

Les assistants familiaux peuvent depuis la loi du 14 mars 2016 effectuer les actes usuels de l'autorité parentale par délégation de l'ASE sur les mineurs que le service confie. En revanche, le service de l'ASE assume économiquement tous les besoins de l'enfant.

Le tiers de confiance s'inscrit à peu près dans la même configuration que l'assistante maternelle, car, comme elle, il accueille le mineur à son domicile et au sein de sa famille. Le service de l'ASE vérifie en conséquence si lui-même, les personnes qui vivent à son domicile et son domicile sont susceptibles de garantir le développement physique, affectif, intellectuel et social de l'enfant et de préserver sa santé et sa sécurité.

Comme l'assistante familiale et contrairement au tiers digne de confiance, il bénéficie automatiquement d'un accompagnement par le service de l'ASE, assuré sous forme d'entretiens et de visites à son domicile. Un référent désigné par le service départemental ou un organisme habilité rencontre ainsi le tiers et l'enfant «régulièrement et autant que de besoin». Notamment dans le cadre de cet accompagnement, «sont déterminées les modalités selon lesquelles le tiers peut à tout moment joindre le service en cas d'urgence⁽⁴⁷⁾». Enfin, cet accompagnement est renforcé pour les enfants de moins de deux ans.

Le tiers diffère pourtant et radicalement de l'assistant familial par le fait qu'il n'est pas un professionnel; personne n'attend de lui les qualités ou des compétences particulières. Il n'est ni rémunéré ni subordonné aux décisions du président du Conseil départemental qui n'est pas son employeur.

(46) L. n° 2005-706 du 27 juin 2005.

(47) CASF, art. D.221-22 al. 3.

Le tiers qui accueille durablement et bénévolement a donc un pouvoir de décision plus important sur l'enfant que le tiers digne de confiance

En conséquence, il n'est pas contrôlé dans la manière dont il accueille l'enfant confié dont il détermine librement les moyens propres à satisfaire ses besoins; il assure son train de vie. Même s'il est aidé et accompagné, il agit seul et se comporte comme un «presque» parent et favorise l'attachement de l'enfant à son égard, ce que ne peut pas faire une assistante familiale.

Parce que ce mineur lui est confié par l'ASE, le droit d'accomplir tous les actes usuels de l'autorité parentale lui est automatiquement délégué, sous réserve d'une liste d'actes usuels qu'il ne peut accomplir qu'avec l'accord préalable de l'ASE⁽⁴⁸⁾.

Le tiers qui accueille durablement et bénévolement a donc un pouvoir de décision plus important sur l'enfant que le tiers digne de confiance qui, pourtant, prend en charge sous le contrôle d'un juge un enfant plus difficile ou plus en danger, sur lequel les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale.

Ainsi, peu à peu, des liens affectifs se tissent entre lui et l'enfant alors que ceux qui existaient entre ce dernier et ses parents se distendent. Arrive alors le moment où le président du Conseil départemental doit engager une action en déclaration de délaissement parce que depuis un an les parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement⁽⁴⁹⁾. L'enfant est déclaré délaissé et devient pupille de l'État, c'est à dire adoptable, sans que le tiers qui l'accueille ait eu à effectuer la moindre démarche.

C'est alors que l'on comprend pourquoi le statut de tiers qui se voit confier l'accueil durable et bénévole d'un enfant en danger par le service de l'ASE est un costume taillé sur mesure.

Normalement les pupilles de l'État ne peuvent être adoptés que par des candidats à l'adoption qui sont titulaires d'un agrément. Cependant, l'article L.225-2 du Code de l'action sociale et des familles prévoit exceptionnellement que : «*Les pupilles de l'État peuvent être adoptés par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure*».

Ce texte a été conçu pour favoriser l'adoption par l'assistante familiale de l'enfant longuement accueilli dans sa famille d'accueil. La dispense d'agrément pour adop-

ter est dans cette hypothèse justifiée par les compétences professionnelles indiscutables mises au service d'un mineur qui, pour différentes raisons, n'a pas été adopté autrement.

Cependant la formulation de l'article L.225-2 permet également au tiers sans compétence professionnelle qui a accueilli bénévolement et durablement un mineur devenu pupille de l'État de s'en prévaloir. Un enfant jeune non adoptable lui a été confié, de manière quasi discrétionnaire, par le président du Conseil départemental, dans le cadre d'une mesure de protection. Il a ainsi remplacé affectivement et matériellement, ses parents défaillants.

Quand l'enfant devient adoptable, il peut l'adopter s'il le souhaite, sans rencontrer le moindre obstacle, étant dispensé d'accomplir les démarches et de se soumettre aux contrôles auxquels est subordonné l'obtention de l'agrément pour adopter.

En outre, la stabilité du parcours de l'enfant et le respect du lien d'attachement rendent inutiles à son égard la mission de contrôle confiée au tuteur et au conseil de famille par l'article L.225-1 alinéa 2 du Code de l'action sociale et de la famille, à savoir celle de définir «*le projet d'adoption, simple ou plénière suivant les circonstances particulières à la situation de l'enfant ainsi que le choix des adoptants éventuels*».

Le tiers accueillant n'a qu'à présenter, s'il le veut, la requête en adoption dans la forme qu'il désire, pour concrétiser sur le terrain de la filiation ce qui n'était qu'un accueil sans portée juridique.

La boucle est ainsi bouclée et les pièces du puzzle assemblées : l'adoption est effectivement devenue un mode de protection de l'enfant, peu coûteux pour le département et répondant à une forte demande, mais, comme l'a finement observé monsieur Alain Supiot, la gouvernance par le nombre n'inspire pas des lois justes. Or la loi du 14 mars 2016 n'est pas une loi juste : en faisant de l'adoption une mesure de protection échappant à tout contrôle judiciaire, elle réalise un objectif qui est à l'opposé de ce qu'elle prétend assurer. Comment, en confiant leur enfant à un tel tiers, les services sociaux pourront-ils ne pas trahir la confiance que les familles leur ont accordé en acceptant leur aide ?

Quand les parents comprendront qu'ils prennent ainsi le risque de perdre l'enfant confié, ils auront des réactions de méfiance qui se traduiront par des refus de coopérer avec l'ASE et des attitudes d'évitement comme cela se voit en Angleterre⁽⁵⁰⁾.

Se pose également pour ceux qui doivent appliquer cette loi la difficulté d'une mise œuvre juste, c'est-à-dire la

(48) Cette liste peut avoir un contenu différent pour le tiers et pour l'assistante maternelle : par ex. si le choix du pédiatre dépend de l'ASE pour l'assistante maternelle, il peut être libre et ne pas figurer sur cette liste pour le tiers accueillant qui peut préférer, par exemple, un praticien réputé non conventionné.

(49) C. civ. art. 381-2 : «La demande en déclaration de délaissement parental est obligatoirement transmise, à l'expiration du délai d'un an prévu à l'article 381-1, par la personne, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant, après que des mesures appropriées de soutien aux parents leur ont été proposées».

(50) M. CARRÈRE D'ENCAUSSE, *Le Monde en face*, documentaire «Les enfants volés d'Angleterre», France 5, 15 nov. 2016 : par ex. des femmes n'hésitent pas à venir accoucher en France pour échapper aux services sociaux britanniques.

La loi injuste crée une distorsion dans l'accès à l'adoption

plus égalitaire possible. En effet, comment ne pas traiter de manière inégalitaire les familles qui mettent leurs enfants en danger alors la loi favorise cette inégalité ?

Lorsque les parents présentent «des difficultés relationnelles et éducatives graves, sévères et chroniques, affectant durablement leurs compétences dans l'exercice de leur responsabilité parentale⁽⁵¹⁾», la loi permet de choisir entre une mesure d'assistance éducative et une mesure de protection. Généralement la mesure d'assistance éducative a pour conséquence que l'enfant est, à la suite d'un signalement, placé à l'ASE pour un séjour d'une durée supérieure à deux ans renouvelable, parfois assorti d'un droit de visite exercé en présence d'un tiers⁽⁵²⁾.

Cette solution qui exclut l'adoption est en général justifiée par le respect de la fratrie et des liens que les enfants peuvent entretenir avec d'autres membres de leur famille. Désormais, il est prévisible que la mesure de protection sera préférée dès la naissance de l'enfant. Les déficiences parentales inciteront le service de l'ASE à mettre en place un accueil durable et bénévole impli-

quant une adoption à la clef, au risque de séparer la fratrie et de traiter différemment les frères en considération de leurs âges respectifs.

De même, la loi injuste crée une distorsion dans l'accès à l'adoption. Certains futurs adoptants, à partir d'un choix opéré sans contrôle par le président du Conseil départemental, sont dispensés d'obtenir un agrément pour adopter l'enfant très jeune qui leur a été confié pour un accueil durable et bénévole. Or ces enfants jeunes sont les plus recherchés par les candidats à l'adoption. Ces derniers doivent toujours, en principe, obtenir un agrément qui, souvent, faute d'enfant adoptable, leur est amèrement inutile. Au mieux, ceux qui respectent cette exigence qu'impose la Convention de La Haye se voient le plus souvent confier un enfant qui ne correspond pas à leur projet initial.

La gouvernance par le nombre répond uniquement à des soucis de production, en l'occurrence de production plus abondante d'enfants rapidement adoptables. Cet objectif interdit de prendre en considération les facteurs humains même quand il s'agit de traiter une question aussi fondamentalement humaine que la filiation.

(51) C. civ. art. 375, al. 4.

(52) C. civ. art. 375-7, al. 4.

