

Paris, le 3 décembre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-296

Le Défenseur des droits,

Vu la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment les articles 61-1 et 71-1 ;

Vu l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, notamment les articles 23-1 à 23-7 ;

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

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

Vu la convention internationale des droits de l'enfant ;

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

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

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

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

Vu le code civil ;

Vu le code de procédure civile ;

Vu le décret n° 2015-1740 du 24 décembre 2015 relatif aux modalités de vérification d'un acte de l'état civil étranger ;

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

Vu l'arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n°2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille ;

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

Vu la circulaire du 19 avril 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant (NOR : JUSF1711230C) ;

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

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

Saisi de la situation de Monsieur X, lequel conteste la constitutionnalité de l'article 388 du code civil et demande à la Cour de cassation de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité ;

Décide, conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, de formuler devant la Cour de cassation les observations ci-jointes, au soutien de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par Monsieur X au Conseil constitutionnel.

Jacques TOUBON

Observations devant la Cour de cassation au soutien de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, en application de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Monsieur X, par l'intermédiaire de son conseil Maître Y, a saisi le Défenseur des droits de sa situation. A l'appui de son pourvoi en cassation à l'encontre des arrêts des 14 novembre 2017 et 3 juillet 2018 rendus par la Cour d'appel de Z, il sollicite le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel, relative à l'inconstitutionnalité de l'article 388 du code civil, lequel dispose que :

« Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé.

Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé.

En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires. »

2. Considérant qu'elle constitue une atteinte grave aux droits constitutionnels de l'enfant, le Défenseur des droits s'est non seulement toujours fermement opposé à la pratique des examens osseux, mais également à son inscription dans la loi (I.). En outre, à la lumière des situations dont il est saisi illustrant l'application concrète de l'article 388 du code civil, le Défenseur des droits conclut que la pratique actuelle de ces examens osseux, bien qu'encadrée par la loi, viole les droits constitutionnels de l'enfant (II.).

3. Pour ces motifs et compte tenu de ce que le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur la constitutionnalité du recours aux examens radiologiques osseux, le Défenseur des droits soutient le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, considérant réunies les conditions posées par les articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009.

I. Les examens radiologiques osseux en vue de la détermination de l'âge : une atteinte grave aux droits de l'enfant constitutionnellement garantis

4. Le Défenseur des droits s'est, de façon constante, opposé à l'utilisation de ces examens médicaux en vue de la détermination de l'âge d'une personne. Le recours à ces

examens, qui sont invasifs et non fiables, constitue une violation des droits constitutionnels de l'enfant, notamment la protection de sa dignité¹, de sa santé² et de son intérêt supérieur³.

5. Le droit à la santé, s'il constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui ne doit pas être privé de garanties légales⁴, est protégé par le Conseil constitutionnel tant dans sa dimension individuelle⁵, que défensive⁶, c'est-à-dire qu'il assure la protection de la santé de la personne contre l'immixtion arbitraire du législateur. Si celui-ci dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire, tiré de la réserve de loi de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le Conseil constitutionnel a contribué, en revanche, à en limiter l'étendue.

6. A cet égard, et sans favoriser une thèse médicale au profit d'une autre, le Conseil constitutionnel va s'assurer qu'en l'espèce le législateur a tenu compte de l'état des connaissances et des techniques⁷ et de « *l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques* »⁸, sans disposer d'un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature. Aussi, selon la doctrine, le pouvoir discrétionnaire du législateur doit être rattaché à une « *réalité scientifique qui le dépasse et qu'il ne peut que prendre en considération* »⁹.

7. Or, outre l'absence de fiabilité des examens radiologiques osseux, cette pratique pose d'importantes questions d'éthique médicale, en ce qu'elle ne répond à aucune indication thérapeutique et met en danger la santé de l'enfant, tout en n'apportant aucune réelle plus-value à la procédure de détermination de l'âge. C'est d'ailleurs ce que le Défenseur des droits a encore récemment rappelé devant le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies¹⁰.

8. En effet, la détermination de l'âge par examen radiologique osseux est une expertise très contestée quant à sa fiabilité, dans la mesure où elle comporte une marge d'erreur importante. Cette technique d'expertise a été établie au début du 20^{ème} siècle à partir des caractéristiques morphologiques d'une population nord-américaine. De surcroît, les méthodes utilisées pour estimer l'âge d'un jeune migrant, que ce soit par référence à l'atlas de Greulich et Pyle, à la maturation dentaire ou même à l'examen physique, n'ont été élaborées qu'à des

¹ Le Conseil constitutionnel a considéré que le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation devait être tiré de la première phrase du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Rec.* p. 100. Le Conseil constitutionnel l'a également combiné avec les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 : Décision n° 94-354 DC, 19 janv. 1995, *Rec.* p. 179.

² Pour une application de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : CC, décis. n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *Époux L.* (obligation de vaccination), JO n° 0069 du 22 mars 2015, p. 5346, texte n° 47. Pour un exemple d'application combinée de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de la liberté individuelle protégée à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 : CC, décis. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Melle Danielle S.* (hospitalisation sans consentement), *Rec.* p. 343. Cette dernière décision combine également l'alinéa 11 du préambule avec l'article 2 de la Déclaration de 1789 relatif à la liberté personnelle en matière de recherche du consentement de la personne. Le Conseil constitutionnel a également combiné l'alinéa 11 du préambule avec le droit à l'égalité protégé à l'article 6 de la Déclaration de 1789 : CC, décis. n° 2012-249 QPC, 16 mai 2012, *Société Cryo-Save France (prélèvement de cellules de sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta)*, *Rec.* p. 274.

³ Le Conseil constitutionnel rattache cette protection de l'intérêt de l'enfant aux alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Rec.* P. 116. Pour un rattachement explicite de la protection de l'intérêt de l'enfant à l'alinéa 10 du préambule : Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Rec.* p. 721.

⁴ Décision n° 99-146 DC du 23 juillet 1999.

⁵ F. JACQUELOT, « La protection de la santé par le Conseil constitutionnel : un parfum français aux notes d'Italie », n° 155 (3), *R.F.D.C.*, 2018, pp. 513-532.

⁶ T. GRÜNDLER, « Le juge et le droit à la protection de la santé », n° 5, *R.D.S.S.*, 2010, pp. 835-846.

⁷ Décision n° 2013-674 DC 1^{er} août 2013, *Rec.* p. 912.

⁸ Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L.*, JORF n°0069 du 22 mars 2015 page 5346, texte n° 47.

⁹ F. JACQUELOT, « La protection de la santé par le Conseil constitutionnel : un parfum français aux notes d'Italie », n° 155 (3), *R.F.D.C.*, 2018, pp. 513-532.

¹⁰ Décisions n° 2018-138 et 2018-263. Le Défenseur des droits a également présenté des observations en ce sens devant la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : décision n° 2017-205

fins de traitement médical référençant des clichés de caractéristiques moyennes d'une population et non pour estimer l'âge d'un individu.

9. Il ressort de deux études réalisées en Italie¹¹ et en France¹² (à Tours), dont les résultats ont été publiés respectivement en 2011 et en 2014, que les écarts constatés entre l'âge chronologique des individus et leur âge osseux peuvent être dans certains cas extrêmement importants. Ainsi, ces études ont montré qu'un poignet entièrement fusionné, ne permet pas de conclure que la personne a plus de 18 ans. Les études ont en effet détecté que le plus jeune homme, dont les os du poignet étaient fusionnés, avait 15,4 ans, et la plus jeune femme avec un poignet fusionné avait 15,1 ans.

10. Différentes instances scientifiques et médicales se sont déjà prononcées à l'encontre des examens osseux, parmi lesquelles le Haut conseil de la santé publique (HCSP). Aux termes de son avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé du 23 janvier 2014, le HCSP a souligné que « *la détermination de l'âge d'un individu lorsqu'il est adolescent ou adulte jeune est imprécise* ». Le HCSP a réaffirmé que « *les outils dont disposent actuellement les médecins légistes ne permettent pas d'estimer l'âge avec un degré de certitude à la hauteur des enjeux* » et que « *la détermination d'un âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge exact du jeune lorsqu'il est proche de la majorité légale. La détermination d'un âge physiologique sur le seul cliché radiologique est à proscrire* ».

11. De même, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, en charge de contrôler la mise en œuvre de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, constatait déjà avec préoccupation en 2009 que, malgré différents avis scientifiques, la France continuait de recourir à l'examen osseux pour déterminer l'âge des enfants. En janvier 2016, le Comité a de nouveau fait part de ses préoccupations et a invité la France à mettre un terme à l'utilisation de ces tests comme méthode principale de détermination de l'âge des jeunes migrants¹³.

12. Cette analyse est partagée par de nombreux experts. Par exemple, le *Royal College of Radiologists* de Londres a déclaré que l'examen radiographique pratiqué pour évaluer l'âge d'une personne était injustifié et qu'il était inadmissible d'exposer des enfants à des radiations ionisantes, sans intérêt thérapeutique et dans un but uniquement administratif.

13. De la même manière, dans une résolution du 12 septembre 2013, le Parlement européen a déploré le caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées dans la détermination de l'âge, celles-ci pouvant, notamment, occasionner des traumatismes particulièrement lorsqu'elles sont basées sur l'âge osseux ou la minéralisation dentaire¹⁴. De telles procédures portent atteinte à son intégrité physique et à sa dignité, droits bénéficiant d'une protection constitutionnelle.

14. Par conséquent, la décision a été prise en Grande-Bretagne de ne plus y avoir recours pour estimer l'âge des adolescents, de même que la communauté médicale et scientifique britannique s'est positionnée contre toute pratique de radiographie chez les mineurs isolés¹⁵.

¹¹ « *Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample* » par Marco Tisè, Laura Mazzarini, Giancarlo Fabrizzi, Luigi Ferrante, Raffaele Giorgetti, Adriano Tagliabracci dans *International Journal of Legal Medicine* - May 2011, Volume 125, Issue 3, pp 411–416

¹² « *Can the Greulich and Pyle method be used on French contemporary individuals ?* » par Donca Zabet, Camille Rérolle, Julien Pucheux, Norbert Telmon, Pauline Saint-Martin dans *International Journal of Legal Medicine* - January 2015, Volume 129, Issue 1, pp 171–177

¹³ Comité des droits de l'enfant, Observations finales, France, 29 janvier 2016, CRC/C/FRA/CO/5

¹⁴ *Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, 2012/2263(INI), §15

¹⁵ Voir en particulier CA Michie, « *Age assessment : time for change ?* », *Arch dis Child*, 2005

15. Pareillement, la Cour suprême espagnole¹⁶, dans le cadre de décisions relatives à deux jeunes migrants (l'un de nationalité ghanéenne et l'autre de nationalité guinéenne), a décidé qu'il n'était pas possible de soumettre à des tests médicaux des mineurs isolés pour vérifier leur âge, si ces derniers ont déjà prouvé leur minorité par des documents, des passeports ou des extraits de naissance officiels délivrés par leur pays d'origine.

16. S'agissant en outre de la réalisation même des examens osseux, le Défenseur des droits souligne une rupture d'égalité. Il a en effet constaté que certains médecins recourent à la radiographie du poignet, d'autres de la clavicule, d'autres à la radiographie dentaire, d'autres à plusieurs d'entre elles. Certains continuent même de procéder à des examens pubertaires, alors qu'ils sont proscrits par le dernier alinéa de l'article 388 du code civil. Le Défenseur des droits a ainsi dû rappeler récemment à deux établissements hospitaliers le caractère illégal des examens du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires.

17. De surcroît, le Défenseur des droits a constaté à de nombreuses reprises que la lecture des résultats des radiographies osseuses était réalisée par des médecins non formés à ces techniques et que les conclusions de ces examens étaient souvent exemptes des précautions d'usage (marge d'erreur, compatibilité ou non avec l'âge allégué...), prétendant évaluer un « âge civil », alors qu'elles ne devraient indiquer qu'un âge de maturation physiologique (telles que préconisées par le HCSP)¹⁷.

18. Les avis, scientifiques et juridiques, convergent aujourd'hui vers une interdiction du recours aux examens radiologiques osseux dans le processus de détermination de l'âge de l'enfant. Le consensus porte sur son caractère invasif pour la santé de l'enfant rapporté à son manque de fiabilité. Le recours à ces examens constitue une violation des droits constitutionnels de l'enfant, notamment la protection de sa dignité, de sa santé et de son intérêt supérieur, justifiant la transmission de la QPC au Conseil constitutionnel.

19. Il convient de rappeler que le Défenseur des droits s'est fermement opposé à l'inscription dans la loi du recours aux examens radiologiques osseux, lors des discussions¹⁸ ayant conduit à la modification de l'article 388 du code civil, par l'article 43 de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, considérant déjà qu'il s'agissait d'une atteinte grave aux droits constitutionnels de l'enfant. A la lumière des nombreuses situations dont il est saisi illustrant l'application concrète de l'article 388 du code civil, le Défenseur des droits ne peut que conclure que la pratique de ces examens osseux, quel qu'en soit l'encadrement, constitue une violation des droits constitutionnels de l'enfant.

II. L'application de l'article 388 du code civil : le constat d'une violation des droits de l'enfant constitutionnellement garantis

20. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 mars 2016 et de l'article 388 du code civil modifié, le Défenseur des droits a eu à connaître de nombreuses réclamations au travers desquelles il a pu observer la manière dont la nouvelle législation était appliquée.

21. A partir de ces constats, le Défenseur des droits considère qu'en inscrivant dans la loi le recours aux examens radiologiques osseux, le législateur a non seulement violé les droits constitutionnels de l'enfant, mais qu'il les a également privés de garanties légales, ce qui justifie le renvoi d'une QPC¹⁹ au Conseil constitutionnel.

¹⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, sentencia 452/20014, décision du 24/09/2014

¹⁷ Décisions n°2016-084 et n°2016-088, décision n°2017-158

¹⁸ Défenseur des droits, avis n° 17-03 du 7 février 2017.

¹⁹ Sur la distinction de l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative *objet* du contrôle de constitutionnalité et l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative *au service* du contrôle de

22. Le Défenseur des droits constate, en effet, que le dispositif tel qu'il a été prévu par le législateur à l'article 388 du code civil, notamment par son imprécision en ce qu'il fait référence à « *l'absence de documents d'identité valables* » et à un « *âge allégué [qui] n'est pas vraisemblable* », conduit à des pratiques et jurisprudences très disparates sur l'ensemble du territoire qui portent atteinte au droit à l'égalité, protégé par la Constitution.

23. Dès lors que le contrôle des conditions dans lesquelles il est recouru aux examens radiologiques osseux relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁰, le Défenseur des droits considère qu'un renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel permettrait d'assurer un équilibre entre les compétences du juge de la cassation et une indispensable harmonisation des pratiques.

24. L'article 388 du code civil dispose désormais, en ses alinéas 2 et 3, que « *les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables ou lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé. Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé* ».

25. Le Défenseur des droits entend préciser, à titre préalable, avoir constaté plusieurs difficultés s'agissant du recueil du consentement de l'intéressé à la pratique des examens radiologiques osseux. Ainsi, le Défenseur des droits a été saisi de situations où le refus de la personne de se soumettre à un examen osseux, ordonné par le juge des enfants, a motivé le prononcé d'un jugement de non-lieu à assistance éducative par le magistrat, sans audience préalable²¹.

26. Outre ces difficultés relatives au recueil du consentement, le Défenseur des droits constate au travers des situations dont il est saisi, que la temporalité prévue par l'article 388 du code civil, à savoir que les examens radiologiques osseux ne peuvent être ordonnés qu'en l'absence de documents d'identité valables ou lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, n'est pas respectée. Il relève que dans certains ressorts, le recours aux examens radiologiques osseux n'est ni exceptionnel ni subsidiaire, mais devient la norme et est quasi-systématique.

A. Sur la condition selon laquelle l'âge allégué par la personne « n'est pas vraisemblable » :

27. Sur la condition de la non vraisemblance de l'âge allégué, le Défenseur des droits a déploré à de nombreuses reprises les lacunes dans les procédures d'évaluation socio-éducative mises en place par les départements. Le Défenseur des droits constate que la qualité très hétérogène des évaluations socio-éducatives qui en résulte a pour conséquence un recours croissant aux examens radiologiques osseux.

28. Les évaluations ne sont pas toujours réellement pluridisciplinaires, ni réalisées par des professionnels dûment formés. Le Défenseur des droits a été saisi de situations de jeunes gens se disant mineurs ayant fait l'objet de pré-entretiens à l'issue desquelles ils ont été évalués « manifestement majeurs ». Sans pouvoir bénéficier d'une mise à l'abri pourtant prévue par les articles L.223-2 et R.221.11 du code de l'action sociale et des familles, les jeunes migrants subissent ces pré-entretiens le jour même de leur arrivée sans avoir pu se

constitutionnalité : J. BEAL-LONG, « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », n° 105 (1), *R.F.D.C.*, 2016, pp. E1 à E28. Le Défenseur des droits note que la présente QPC vise la seconde hypothèse.

²⁰ Par exemple, C. Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 2017, n°15-18468

²¹ Décision n° 2017-010

reposer, se restaurer, ni même avoir pu bénéficier d'un examen de santé. Ces entretiens brefs et succincts ne permettent pas de produire une évaluation sérieuse et les rapports d'évaluation transmis au magistrat saisi de la situation, seront insuffisants pour lui permettre d'apprécier la vraisemblance de l'âge allégué par la personne se déclarant mineure non accompagnée. Le magistrat sera alors enclin à ordonner un examen radiologique osseux²².

29. Saisi de la situation de deux jeunes gens considérés majeurs au terme d'une évaluation socio-éducative lacunaire, le Défenseur des droits a récemment présenté des observations devant une cour d'appel²³. La cour a, par arrêt avant-dire droit, ordonné simultanément une expertise documentaire et un examen d'âge osseux.

30. Le Défenseur des droits a également été saisi d'une situation où un examen d'âge osseux aux fins de détermination de l'âge a été décidé par le juge des enfants, alors que l'évaluation socio-éducative de minorité concluait à la compatibilité de l'âge de l'enfant avec l'âge allégué²⁴.

31. En outre, le Défenseur des droits a constaté, dans plusieurs départements recevant des mineurs dans le cadre de la répartition nationale, le recours systématique à un examen osseux, sur réquisitions du parquet²⁵, pour des individus dont l'évaluation socio-éducative initiale concluait à la compatibilité de leur âge avec la date de naissance alléguée et alors même que le parquet du département d'arrivée ou le juge des enfants compétent avait prononcé le placement du mineur²⁶ dans le département de destination. Dans le cadre de cette répartition nationale, certains mineurs font même l'objet de plusieurs examens osseux, sans que leurs documents d'identité n'aient été préalablement analysés.

B. Sur la condition tenant à « l'absence de documents d'identité valables » :

32. Sur la condition d'absence de documents d'identité valables, le Défenseur des droits constate que certaines juridictions ordonnent systématiquement un examen d'âge osseux, quelle que soit la validité des documents d'état civil produits²⁷. Le Défenseur des droits a ainsi eu à connaître de nombreuses situations où un examen d'âge osseux a été décidé alors que l'expertise documentaire était positive²⁸. Il constate et déplore l'hétérogénéité de la qualité des analyses des documents présentés sur le territoire national. A ce titre, le Défenseur des droits a eu l'occasion de souligner ces difficultés auprès de la mission bipartite appelant à un renforcement des services de fraude documentaire et à une meilleure formation des agents²⁹.

33. Le Défenseur des droits constate les disparités d'analyses documentaires dans les réclamations qui lui sont soumises sur l'ensemble du territoire et déplore le peu d'harmonisation des comptes rendus des services de fraude documentaire des préfectures sur la fiabilité des actes analysés. Ces disparités quant à l'interprétation notamment de la notion d'avis favorable ou défavorable concernant des actes d'état civil jugés authentiques, quant à la notion de certificats de nationalité au regard de l'état civil d'un Etat étranger, et quant aux appréciations portées sur les modalités d'obtention des actes, ne peuvent qu'accroître les incertitudes juridiques quant à l'interprétation de la notion de « *documents d'identité valables* » retenue par l'article 388 du code civil. A titre d'exemple, on peut relever dans une analyse

²² Le Défenseur des droits a fait plusieurs rappels à la loi à des départements quant à cette pratique de services procédant aux évaluations de minorité et d'isolement.

²³ Décision n° 2018-178

²⁴ Décision n° 2017-248 ; Décision n° 2018-264

²⁵ Décision n° 2017-009

²⁶ Décision n° 2018-125

²⁷ Décision n° MDE-2016-088

²⁸ Décisions n° MDE-2016-046 ; MDE-2016-092 ; MDE-2016-093

²⁹ Note du 5 décembre 2017, relative à l'audition du Défenseur des droits par la mission désignée conjointement par le Premier Ministre et l'Assemblée des départements de France relative aux phases d'évaluation et de mise à l'abri des mineurs non accompagnés

documentaire la remise en cause de l'authenticité d'un passeport du fait de l'absence de visa y figurant. A la suite de cette analyse erronée du document d'identité produit, le juge des enfants a sollicité un examen radiologique osseux du mineur³⁰.

34. En outre, le Défenseur des droits a pu constater que des juges des enfants et des cours d'appel ordonnent une expertise documentaire et un examen d'âge osseux de façon simultanée dans la même décision. Ainsi, alors que les documents d'identité fournis par le jeune n'ont fait l'objet d'aucune analyse des services de fraude documentaire, un examen d'âge osseux est ordonné en parallèle. Cet examen n'intervient donc pas à titre subsidiaire, contrairement à ce qui est prévu par les textes.

35. Par ailleurs, certaines juridictions considèrent qu'un acte d'état civil dépourvu de photographie ne constitue pas un document d'identité valable au sens de l'article 388 du code civil, n'étant pas rattachable à la personne³¹. Or, pourtant, aux termes de l'article 47 du code civil, « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ». Il existe donc une présomption d'authenticité des actes d'état civil étrangers produits par les jeunes migrants, même si cette présomption n'est pas irréfragable. En cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude des documents produits, une levée d'acte auprès des autorités étrangères compétentes peut permettre de vérifier la conformité des actes d'état civil produits, au regard de la législation locale, et donc des dispositions de l'article 47 du code civil.

36. Pourtant, le Défenseur des droits constate dans un grand nombre de dossiers l'absence de démarches auprès des autorités d'origine, les magistrats recourant plus aisément aux examens radiologiques osseux. Le Défenseur des droits constate régulièrement que prévaut, au détriment du mineur, une présomption de non-authenticité des actes produits³².

37. Le Défenseur des droits a enfin été saisi d'une situation dans laquelle un examen d'âge osseux a été ordonné par le juge des enfants alors même que l'évaluation socio-éducative concluait à la compatibilité de l'âge allégué et que l'expertise documentaire était positive³³.

38. Ainsi, eu égard à l'ensemble de ces éléments, le Défenseur des droits considère que l'imprécision de l'article 388 du code civil et les pratiques auxquelles celle-ci conduit constituent une violation des droits constitutionnels de l'enfant, notamment des droits à la dignité, à l'égalité, à la santé et au respect de son intérêt supérieur.

39. Le législateur a privé de garanties légales des droits constitutionnels, ce qui justifie que la question soit renvoyée au Conseil constitutionnel.

40. Au vu de l'ensemble de ces éléments, les examens radiologiques osseux et le dispositif prévu par le législateur à l'article 388 du code civil constituent une violation des droits de

³⁰ Décision n°2017-329 et arrêt de la cour d'appel de Dijon du 26/12/2017 (RG. 17/01228)

³¹ Décision n° 2017-010

³² Pour exemple, la note d'actualité n° 17/2017 du ministère de l'intérieur en date du 1^{er} décembre 2017, relative aux fraudes documentaires organisées en Guinée (Conakry) sur les actes d'état civil, qui prévoit : « *Vu les fraudes combinées à un manque de fiabilité dans l'administration guinéenne et des délais de transcription non respectés, la Division de l'Expertise en Fraude Documentaire et à l'identité préconise de formuler un avis défavorable pour toute analyse d'acte de naissance guinéen* ».

³³ Décision n° 2018-125

l'enfant constitutionnellement garantis. Le Défenseur des droits considère que la QPC soulevée par Monsieur X devrait être transmise au Conseil constitutionnel.

41. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour de cassation.

Jacques TOUBON