

Paris, le 06/11/2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-275

Le Défenseur des droits,

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 la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Vu la charte sociale européenne ;

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 la décision du Conseil Constitutionnel du 21 mars 2019 ;

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 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 ;

Saisi de la situation de Monsieur X., lequel met en cause notamment la conformité de l'article 388 du code civil avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

et des libertés fondamentales, la Convention internationale des droits de l'enfant et la Charte sociale européenne ;

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-après.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Cour de cassation,
en application de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

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 de l'arrêt du 2 avril 2019 de la Cour d'appel de Z., il soulève l'inconventionalité 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. »

Le Défenseur des droits considère qu'au regard des engagements conventionnels de la France (I), le recours aux examens radiologiques osseux porte atteinte aux droits de l'enfant (II). Il estime en outre que l'article 388 du code civil est contraire aux engagements conventionnels de la France (III).

Subsidiairement, le Défenseur des droits constate également que les garanties prévues par l'article 388 du code civil rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 mars 2019¹, sont insuffisamment mises en œuvre par les juridictions, comme en témoignent les pratiques qu'il observe dans le cadre du traitement des réclamations individuelles qui lui sont soumises et qu'il appartient à la Cour de Cassation d'en contrôler l'effectivité (IV).

I. Les droits des mineurs non accompagnés migrants et les obligations de la France à leur égard à la lumière de ses engagements conventionnels

Le Défenseur des droits s'est, de façon constante, opposé à l'utilisation des 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 conventionnels de l'enfant, tels que protégés par la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne, notamment la protection de sa dignité, de son intégrité physique, de sa santé et de son intérêt supérieur.

¹ Conseil constitutionnel - Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019

Les trois textes précités garantissent aux mineurs non accompagnés migrants – comme à tout autre enfant présent sur le territoire national – un certain nombre de droits que la France s'est engagée à respecter et à rendre effectifs, notamment la prise en compte de leur intérêt supérieur dans toute décision prise les concernant, le droit de ne pas subir de traitement inhumain et dégradant et à être traité avec dignité, le droit à la protection de leur intégrité physique, le droit de bénéficier d'une prise en charge au titre de la protection de l'enfance.

L'article 3-1 de la CIDE indique que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Selon l'organe en charge de veiller au respect de la CIDE par les Etats, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans son observation générale n°14², le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention fixe un cadre comportant trois types différents d'obligations pour les États parties, dont « *l'obligation de veiller à ce qu'il ressorte de toutes les décisions judiciaires et administratives ainsi que des politiques et des textes législatifs concernant les enfants que l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale. Cela suppose notamment de décrire comment l'intérêt supérieur a été examiné et évalué et quel poids lui a été conféré dans la décision* ».

Le Comité rappelle systématiquement que le mineur non accompagné migrant doit être traité avant tout comme un enfant, une personne vulnérable, quel que soit son statut migratoire ou celui de ses parents ou tuteurs.

Aux termes de l'article 20 de la CIDE, tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat. Les obligations des Etats parties à la Convention sont détaillées dans l'Observation générale n°6 (2005) du Comité des droits de l'enfant sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine,³ ainsi que dans ses décisions. Elles se développent ainsi :

- Respecter le principe du non-refoulement ;
- Dès l'accueil de l'enfant sur le territoire, procéder à une évaluation initiale de ses besoins particuliers par une équipe qualifiée, en intégrant l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe directeur dans la détermination du degré de priorité des besoins. Cette évaluation peut impliquer la détermination de l'âge de l'enfant ;
- Procéder rapidement à l'enregistrement de l'enfant à l'issue d'un entretien initial mené dans une langue qu'il comprend selon des modalités appropriées à son âge. Cet entretien étant confié à des professionnels qualifiés, chargés de recueillir des données biographiques sur l'enfant et sur son milieu social afin d'établir son identité et, si possible, l'identité de ses proches ;
- Evaluer les besoins particuliers de l'enfant afin de lui offrir la protection la plus adaptée et de faciliter son retour au sein de sa famille quand cela est possible (regroupement ou réunification familiale), et rendre à cet égard les formalités administratives plus souples et accessibles ;
- Permettre à l'enfant - dès son accueil et durant toutes les phases du parcours migratoire – d'être entendu, conformément à l'article 12 de la CIDE ;
- Garantir - dès l'accueil et durant toutes les phases du parcours migratoire - la désignation d'un tuteur ou d'un représentant légal indépendant et qualifié pour

² Comité des droits de l'enfant - Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3-1) - CRC/C/GC/14

³ CRC/GC/2005/6 - 1er septembre 2005.

accompagner le mineur isolé, le conseiller, défendre ses intérêts en le représentant auprès des autorités nationales, ainsi que l'accès à l'aide juridictionnelle gratuite. A cet égard, le Comité des droits de l'enfant juge insuffisante une législation qui prévoirait cette désignation « *dans les meilleurs délais* », sans fixer de délai précis.⁴ Cette mesure doit être accompagnée, le cas échéant, de la désignation d'un interprète. Cette exigence est en outre inscrite dans la jurisprudence de la Cour⁵ de Strasbourg et dans le droit de l'Union européenne.⁶

- Informer systématiquement et de manière adaptée à leur âge les enfants de leurs droits et obligations, ainsi que des décisions qui sont prises à leur encontre ;
- Mettre en place des procédures d'asile qui soient adaptées aux besoins des enfants ;
- Garantir aux enfants - dès leur accueil et durant toutes les phases du parcours migratoire - un accès effectif à leurs droits fondamentaux, à des soins de santé adaptés et à l'éducation, sans discrimination ;
- Garantir aux enfants l'exécution d'une décision de justice leur accordant une protection. En tant que sujet de droit, les enfants peuvent se prévaloir de l'article 14 du Pacte international des droits civils et politiques et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, lesquels garantissent le droit à l'exécution d'une décision de justice qui résulte du droit à un tribunal⁷.

L'ensemble de ces mesures doit être pris par les autorités nationales et appliqué de manière concrète et effective sur leur territoire. A défaut, ces droits ne seraient que théoriques ou illusoire.

Le 31 mai 2019, le Comité des droits de l'enfant a rappelé ces exigences dans deux décisions relatives au traitement par les autorités espagnoles de mineurs non accompagnés migrants. Il y a constaté une violation de la CIDE.⁸

Interprétant la Convention européenne des droits de l'homme à l'aune de la CIDE et de la Charte sociale européenne, la Cour européenne des droits de l'homme a également développé une jurisprudence consacrant une obligation de protection des Etats parties à l'égard des mineurs non accompagnés migrants sous l'angle de l'article 3 de la Convention, lequel interdit tout traitement inhumain et dégradant. Ainsi, les Etats engagent leur responsabilité concernant leurs actions et leurs omissions, que celles-ci découlent du droit interne ou d'obligations juridiques internationales.

A l'instar du Comité des droits de l'enfant, la Cour de Strasbourg considère les mineurs non accompagnés migrants comme une population particulièrement vulnérable, et la minorité comme un élément déterminant qui doit prédominer sur leur qualité d'étranger.

Ainsi, combinée à l'article 3, l'obligation de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme commande aux Etats de prendre des mesures propres à empêcher que ces personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, tant en droit qu'en pratique. Ces mesures doivent permettre une protection efficace de ces enfants contre toute forme de traitement contraire à l'article 3.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, réitérée dans l'affaire *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar c. Malte*⁹, les Etats, au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention, doivent prendre les mesures adéquates afin de protéger l'enfant et de le prendre

⁴ Comité des droits de l'enfant, Suède, Observations finales, CRC/C/SWE/CO/5, 3 mars 2015.

⁵ Voir par exemple *Rahimi*, précité, § 88.

⁶ A titre d'exemple, les différentes directives européennes (2013/33/EU, 2013/32/EU, 2011/95/EU, 2011/92/EU, 2011/36/EU). Voir également Conseil de l'Europe, Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE n° 197, 2005, art. 10 (4).

⁷ Voir par exemple CEDH, *Tchokontio Happi c. France*, no 65829/12, 9 avril 2015.

⁸ CRC/C/81/D/22/2017 ; CRC/C/81/D/16/2017.

⁹ *Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, § 103.

en charge.¹⁰ La marge d'appréciation des Etats est bien évidemment réduite eu égard à la gravité de la question traitée et à l'existence d'un large consensus incontesté en la matière¹¹.

Comme la Cour l'a rappelé à la France, de façon extrêmement ferme, dans son arrêt *Khan c. France* du 28 février 2019¹², la protection des mineurs non accompagnés est une obligation absolue pour les Etats, du fait de leur condition de particulière vulnérabilité. Cette obligation de protection ne peut céder la place à des considérations tenant à la gestion des flux migratoires, et faire ainsi passer au second plan, l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés.

De même, le Comité européen des droits sociaux, en charge de veiller au respect de la Charte sociale européenne par les Etats parties, garantit des droits aux mineurs non accompagnés migrants, qu'il considère également comme une population vulnérable.

La Charte sociale européenne garantit à chaque enfant, sujet de droit à part entière, des droits fondamentaux tels que le droit à la protection contre les dangers ainsi qu'à une protection sociale, juridique et économique, le droit à un abri, le droit à la santé¹³. Les dispositions de la Charte complètent la Convention européenne des droits de l'homme et reflètent les droits contenus dans la Convention internationale des droits de l'enfant. A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité européen des droits sociaux estime que ces droits doivent revêtir une forme concrète et effective et être interprétés à la lumière de la réalité actuelle et des autres conventions internationales ainsi que de l'interprétation qui en est faite par les mécanismes de contrôle, telles que la CIDE interprétée par le Comité des droits de l'enfant de l'ONU¹⁴.

S'agissant des mineurs non accompagnés présents sur le territoire français, le Comité européen des droits sociaux s'est déjà positionné quant au respect de la Charte par l'Etat français¹⁵. Ainsi, selon une jurisprudence désormais constante du Comité, les mineurs isolés étrangers peuvent se prévaloir de plusieurs dispositions de ce texte¹⁶. A ce titre, dans sa décision du 24 janvier 2018, le Comité a estimé que l'Etat français, dans sa manière de prendre en charge les mineurs non accompagnés, ne respectait pas les articles 17§1 et 2, 7§10, 11§1, 13§1 et 31§2 de la Charte¹⁷.

A la lumière de ce qui précède et des exigences posées par les textes précités sur la protection des mineurs non accompagnés, il appartient à la Cour de cassation, à travers la présente affaire, de se prononcer sur la conventionalité des examens radiologiques osseux et de l'article 388 du code civil.

¹⁰ *Rahimi c. Grèce*, no 8687/08, 5 avril 2011 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, no 13178/03, §CEDH 2006-XI.

¹¹ *Rahimi*, précité, § 87 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga*, § 55.

¹² CEDH – *Affaire Khan c. France* – 28 février 2019 (requête n° 12267/16). Le Défenseur des droits est intervenu en qualité de tiers-intervenant dans la procédure (décision n°2018-003).

¹³ Articles 7-11, 15-17, 19, 31.

¹⁴ *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, 28 février 2010, §§ 27-28.

¹⁵ CEDS - Comité Européen d'Action Spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur Milieu de Vie (EUROCEF) c. France – 24 janvier 2018

¹⁶ Le Comité estime en effet que la restriction du champ d'application de la Charte ne doit pas se prêter à une interprétation ayant pour effet de priver cette catégorie de personnes de la protection « *des droits les plus élémentaires* » consacrés par la Charte et de porter préjudice « *à leurs droits fondamentaux, tel que le droit à la vie ou à l'intégrité physique, ou encore le droit à la dignité humaine* ». Ne pas garantir ces droits à ces enfants serait « *[les] exposer à des préjudices sérieux pour leurs droits à la vie, à la santé et à l'intégrité psychophysique, et à la préservation de la dignité humaine* ». Il est à noter qu'outre le fait que ces dispositions ne créent pas de droits nouveaux, les droits qui y sont précisés étant déjà inscrits en droit français (Articles 375 et suivants du code civil, articles L.112-3 et L.223-2 et articles R. 221-11 et R. 221-12 du CASF), priver la Charte sociale européenne d'effet direct en droit interne rendrait illusoire les droits qu'elle protège et inutile un texte que la France s'est pourtant engagée à respecter en le ratifiant.

¹⁷ L'article 17 de la Charte prévoit le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique appropriée, l'article 7 prévoit le droit des enfants et des adolescents à une protection spéciale contre les dangers physiques et moraux auxquels ils sont exposés, l'article 11, le droit de bénéficier de toutes les mesures permettant de jouir du meilleur état de santé possible, et l'article 13 le droit de toute personne démunie de ressources suffisantes à l'assistance sociale et médicale.

II. Le recours aux examens osseux, une atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant, contraire aux engagements conventionnels de la France

La détermination de l'âge par examen osseux est une méthode contestable qui porte atteinte à la dignité de l'enfant, à sa santé et à son intégrité physique, et qui est, en outre, inadaptée et peu fiable, raisons pour lesquelles le Défenseur des droits s'y est, de façon constante, opposé.

La pratique des radiographies, en elle-même, pose par ailleurs d'importantes questions d'éthique médicale, en ce qu'elle ne répond à aucune indication médicale 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. Cette position est partagée par plusieurs instances en Europe. A titre d'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 purement administratif.

Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, admis qu'« *en l'état des connaissances scientifiques, il est établi que les résultats de ce type d'examen peuvent comporter une marge d'erreur significative* »¹⁸.

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 ou à d'autres, à la maturation dentaire ou à un scanner de la clavicule, n'ont été élaborées qu'à des fins de traitement médical référençant des clichés de caractéristiques moyennes d'une population et non pour estimer l'âge d'un individu. L'atlas de Greulich & Pyle, tout comme celui de Thiemann H-H, est décrié et souvent jugé inadapté et non transposable à la population des mineurs migrants, qui sont principalement des adolescents d'Afrique noire, d'Asie, ou d'Europe de l'Est ayant fui leur pays, dans des conditions socio-économiques variables, et souvent précaires¹⁹.

Des études démontrent qu'il existe des différences de développement entre les personnes d'origine ethnique et/ou socio-économique différentes, ce qui fait douter de la pertinence de cette méthode pour déterminer l'âge d'une population non européenne.

En outre, de nombreuses instances en Europe ont souligné que cette méthode comporte d'importantes marges d'erreur lorsque l'enfant est âgé entre 15 et 18 ans²⁰. Selon deux études réalisées en Italie et en France, les écarts d'âge constatés entre l'âge chronologique des individus et leur âge osseux peuvent être dans certains cas extrêmement importants²¹.

¹⁸ Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, §7.

¹⁹ Quand les médecins se font juges : La détermination de l'âge des adolescents migrants, 2011.

²⁰ UNICEF, Age assessment practices, 2011 ; Rapport de l'Académie nationale de médecine française sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés, 2007 ; Avis du HCSP, 2014 ; The Royal College of Paediatrics and Child Health, The Health of Refugee Children - Guidelines for Paediatricians, 1999; 2007 policy statement on X-rays and Asylum seeking children ; CCNE, Avis n°88 sur les.

²¹ Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample, Int J Legal Med., 2011 ; Can the Greulich and Pyle method be used on French contemporary individuals ?, Int J Legal Med., 2015.

Par ailleurs, les recherches médicales existantes attestent que de nombreux facteurs influencent le cours de la puberté et le processus de maturation du squelette²², notamment le stress. La méthode de détermination de l'âge ignorant ces facteurs n'apparaît donc pas fiable. Tout récemment encore, la Société suisse de pédiatrie se positionnait contre le recours à cette méthode : « (...) *comme cela a déjà été démontré et publié à diverses reprises*²³, *que cela soit pour l'âge osseux, l'examen physique ou dentaire*²⁴, *ces outils sont trop approximatifs et présentent des écarts-types larges, ils se fondent sur des tables de références souvent non adaptées car ne tenant compte ni de l'origine ethnique ou socio-économique du jeune, ni d'éventuelles pathologies endocriniennes pouvant influencer les résultats. Aujourd'hui, aucune méthode scientifique ne permet d'établir précisément l'âge d'un jeune qui se situerait entre 15 et 20 ans afin de définir avec certitude s'il est majeur ou mineur : en effet des valeurs d'adultes peuvent être trouvées chez un jeune mineur conduisant à une surévaluation de son âge* »²⁵.

En France, en 2005, le Comité national consultatif d'éthique, sollicité par la Défenseure des enfants française, avait lui aussi émis des réserves concernant le recours à ces examens à des fins juridiques²⁶. En 2014, le Haut conseil de la santé publique (HCSP) a rendu un avis, soulignant que « *la détermination de l'âge d'un individu lorsqu'il est adolescent ou adulte jeune est imprécise* » ; il 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* »²⁷.

De même, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait déjà relevé en 2011, que « *partout en Europe (...) les associations de pédiatres sont catégoriques sur un point : la maturité de la dentition et du squelette ne permettent pas de déterminer l'âge exact d'un enfant, mais uniquement de procéder à son estimation, avec une marge d'erreur de deux à trois ans (...) l'interprétation des données peut varier d'un pays à l'autre, voire d'un spécialiste à l'autre* »²⁸.

De même, dans une résolution du 12 septembre 2013, le Parlement européen a déploré le caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées pour la détermination de l'âge dans certains Etats membres, relevant que celles-ci peuvent occasionner des traumatismes et que certaines d'entre elles, basées sur l'âge osseux ou sur la minéralisation dentaire, restent controversées et présentent de grandes marges d'erreur²⁹. De telles méthodes médicales qui, au surplus, peuvent être utilisées sans le consentement du mineur, portent atteinte à l'intégrité physique et à la dignité d'un enfant et pourraient constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'une violation de l'article 8, lequel protège le droit au respect de la vie privée.

²² The Royal College of Paediatrics and Child Health, The Health of Refugee Children - Guidelines for Paediatricians, 1999. Voir aussi 2007 policy statement on X-rays and Asylum seeking children.

²³ Medical, statistical, ethical and human rights considerations in the assessment of age in children and young people subject to immigration control, British medical bulletin, 2012 ; Age assessment of young asylum seekers, Acta paediatrica, 2012.

²⁴ The evidential value of developmental age imaging for assessing age of majority, Annals of human biology, 2015 ; Automated determination of boneage from hand X-rays at the end of puberty and its applicability for age estimation IJLM DOI 10.1007/s00414-016-1471-8 ; L'âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge des jeunes requérants d'asile, Paediatrica, 2016 ; Bone age in children of diverse ethnicity ; Forensic age estimation in living subjects: the ethnic factor in wisdom tooth mineralization, Int J Legal Med., 2004.

²⁵ Détermination de l'âge des jeunes migrants – Position de la société suisse de pédiatrie, Paediatrica, 2017.

²⁶ CCNE, Avis n° 88 du 23 juin 2005 ; Académie Nationale de Médecine, Rapport de 2007.

²⁷ Avis du HCSP du 23 janvier 2014.

²⁸ Commissaire aux droits de l'homme, CoE, Les méthodes d'évaluation de l'âge des migrants mineurs doivent être améliorées, 2011.

²⁹ Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, § 15.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies s'est déjà lui aussi prononcé contre la détermination de l'âge par examen osseux dans les observations et les recommandations adressées aux Etats.

Dans les observations générales conjointes du 16 novembre 2017, il a rappelé que les Etats doivent s'abstenir d'utiliser des méthodes médicales fondées notamment sur les analyses osseuses et dentaires, qui peuvent être imprécises, comporter de grandes marges d'erreur, être traumatisantes et entraîner des procédures juridiques inutiles.³⁰

En 2016, le Comité a demandé à la France de mettre fin au recours aux examens osseux comme méthode principale pour déterminer l'âge des enfants et de recourir à d'autres méthodes plus précises³¹.

Dans une décision du 31 mai 2019³² où il a constaté un manquement de l'Espagne au respect des articles 3, 8 et 12 de la CIDE, le Comité a rappelé ses positions et ajouté qu'il existe de nombreuses informations qui démontrent que cette méthode manque de précision et présente une large marge d'erreur. En conséquence, elle ne convient pas comme unique méthode pour déterminer l'âge chronologique d'une jeune personne qui déclare être mineure et qui fournit des documents attestant cette déclaration.

Dans sa décision du 24 janvier 2018 précitée, le Comité européen des droits sociaux a également estimé que l'évaluation médicale de l'âge telle qu'appliquée peut avoir de graves conséquences pour les mineurs et que l'utilisation des tests osseux destinés à déterminer l'âge des mineurs étrangers non accompagnés est inadaptée et inefficace.

Enfin, le Défenseur des droits constate que le déroulement des examens médicaux est également contesté et insuffisamment encadré. 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. Dans son commentaire, le Conseil constitutionnel indique à cet égard, « outre le manque de fiabilité des tests osseux, c'est l'absence de protocole unique concernant les techniques utilisées et la grande diversité des pratiques qui en découle qui sont critiquées ».

Le Défenseur des droits a observé, à de nombreuses reprises, que la lecture des résultats des radiographies osseuses est réalisée par des médecins non formés à ces techniques et que les conclusions de ces examens sont 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 Haut Conseil de la santé publique) et qu'il n'y a que la double lecture des examens par un spécialiste en radiologie et un endocrino-pédiatre telle que recommandée par l'académie de médecine, n'a jamais lieu. Les marges d'erreur quant à elles sont rarement indiquées ou de façon peu explicites.

Aussi, au vu de ces éléments, le Défenseur des droits considère que le recours aux examens osseux constitue une atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant, contraire aux engagements conventionnels de la France.

³⁰ Observations générales conjointes du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales et sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 16 novembre 2017, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23.

³¹ Comité des droits de l'enfant, France, Observations finales, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5.

³² Décision du Comité des droits de l'enfant du 31 mai 2019 - aff. 16/2017 – Processus de détermination de l'âge d'une personne se déclarant mineur (recours au test osseux), CRC/C/81/D/16/2017.

III. L'article 388 du code civil, contraire aux engagements conventionnels de la France

Lors de l'entrée sur le territoire d'un Etat et notamment de la première évaluation, les autorités peuvent être amenées à déterminer si la personne sollicitant une protection est mineure. Cette phase est déterminante pour les suites de la procédure et peut être lourde de conséquences pour la personne concernée : selon l'âge qui lui sera attribué par les autorités, elle aura ou non accès au dispositif de protection prévu pour les mineurs et aux droits qui y sont attachés. Cette procédure doit donc être entourée des garanties nécessaires visant à préserver l'intérêt supérieur de l'enfant et ses droits.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies l'a rappelé dans ses décisions du 31 mai 2019.³³

Il insiste sur la nécessité de respecter la CIDE dans ce cadre, de prévoir une procédure équitable ainsi qu'un recours pour contester le résultat obtenu à l'issue du processus de détermination de l'âge, et d'accorder le bénéfice du doute à l'enfant pendant le processus.

Ainsi, il précise :

« (...) la détermination de l'âge d'une jeune personne qui déclare être mineure revêt une importance fondamentale, dans la mesure où son issue détermine si cette personne bénéficiera ou non de la protection nationale en tant qu'enfant. De la même façon, et ce point est d'une importance vitale pour le Comité, la jouissance des droits énoncés dans la Convention découle de cette détermination. Il est donc impératif qu'il y ait une procédure équitable pour déterminer l'âge d'une personne, et qu'il y ait la possibilité de contester le résultat obtenu par le biais d'une procédure d'appel. Pendant que ce processus est en cours, la personne doit se voir accorder le bénéfice du doute et être traitée comme un enfant. »

Il y rappelle également les garanties qui doivent entourer le processus de détermination de l'âge :

- La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant tout au long du processus ;
- Le bénéfice du doute qui doit être accordé à l'enfant pendant le processus ;
- La désignation d'un tuteur ou d'un représentant en temps opportun, dès l'arrivée de l'enfant sur le territoire ;
- Les conditions dans lesquelles doit se dérouler l'estimation de l'âge en l'absence de documents d'identité ou d'autres éléments de preuve ;
- La considération des documents d'identité disponibles comme authentiques, sauf preuve du contraire, ainsi que des déclarations des enfants ;
- Le caractère impérativement subsidiaire des examens radiologiques osseux.

Outre ces garanties, le Comité rappelle que les États parties devraient désigner un représentant légal qualifié, possédant les compétences linguistiques nécessaires, pour toutes les jeunes personnes qui déclarent être mineures, dès que possible à leur arrivée et gratuitement. Le Comité est d'avis que la désignation d'un représentant pour ces personnes au cours du processus de détermination de l'âge *« constitue une garantie essentielle du respect de leur intérêt supérieur et de leur droit à être entendu. Le défaut d'assurer une telle représentation en temps opportun peut résulter en une injustice importante »*.

Il est, ainsi, notable que l'article 388 du code civil ne prévoit pas la nomination d'un représentant légal qualifié, possédant les compétences linguistiques nécessaires, dès que

³³ Décisions du Comité des droits de l'enfant du 31 mai 2019 précitées

possible à l'arrivée du jeune exilé et durant la phase de détermination de la minorité. Telle est, pourtant, la seule manière d'assurer aux enfants le respect de l'ensemble de leurs droits.

Il convient en outre de s'interroger sur l'autorité judiciaire chargée d'assurer le plein effet des garanties prévues par l'article 388 du code civil.

Le Conseil constitutionnel estime que le fait que « *seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen* » est une des garanties permettant d'assurer l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En outre, il rappelle solennellement la nécessité du respect de la condition de subsidiarité de cet examen en ajoutant qu' « *il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du respect du caractère subsidiaire de cet examen* » et qu' « *il appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées* ».

Dans son commentaire de cette décision, il est précisé que « *seule l'autorité judiciaire peut autoriser le recours à de tels tests. Ces derniers peuvent être ordonnés par le juge des enfants, mais également par le procureur de la République pendant la phase administrative d'examen de la situation d'un mineur, à la demande des services départementaux* ».

Dans la mesure où la pratique d'un examen radiologique osseux porte atteinte, par essence, aux droits fondamentaux des enfants et à leur intérêt supérieur, il est en effet indispensable que l'autorité judiciaire habilitée à en ordonner l'exécution présente toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité, et respecte, dans la procédure appliquée, les principes du contradictoire et du droit à un procès équitable, tels qu'ils sont fixés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il appartient à l'autorité judiciaire dans la mise en œuvre de l'article 388 du code civil, de s'assurer de la réunion des conditions cumulatives permettant la réalisation d'un examen radiologique osseux. Ainsi, l'autorité judiciaire doit s'assurer que l'âge allégué n'est pas vraisemblable et que la personne ne présente pas de document valable. Ces considérations ne peuvent s'apprécier qu' *in concreto*, dans le respect du contradictoire, en ayant permis au jeune exilé, d'en débattre avec l'assistance d'un conseil.

A ce titre, seul le magistrat du siège est à même de respecter ces exigences, en toute indépendance, et en considération des principes d'égalité des armes et du contradictoire.

S'il appartient au procureur de la République de diligenter toutes les mesures d'investigation qui lui paraîtront nécessaires pour déterminer la nécessité de saisir le juge des enfants en assistance éducative, et notamment celles relatives aux vérifications des documents d'identité ou d'état civil présentés par le jeune exilé, les examens radiologiques osseux sont soumis à une procédure plus stricte puisqu'ils sont subordonnés à deux conditions cumulatives. Si, à l'issue de ses investigations, le procureur de la République estimait qu'un doute existait sur la vraisemblance de l'âge allégué et que les conditions de l'article 388 pouvaient être réunies pour ordonner un examen radiologique osseux, il devrait, pour respecter la procédure contradictoire, saisir le juge des enfants en requérant, le cas échéant, que celui-ci ordonne la réalisation des examens radiologiques osseux.

Ainsi, le Défenseur des droits considère que, pour respecter les dispositions conventionnelles qui s'imposent à la France, seul le juge des enfants dans le cadre de la procédure d'assistance éducative devrait pouvoir ordonner la réalisation d'un examen radiologique osseux, dans la mesure où cette décision ne peut être prise qu'à l'issue d'un débat contradictoire et dans le cadre d'une audience. Cette décision devra être motivée par l'appréciation *in concreto* de l'absence de documents d'identité valables et de l'in vraisemblance de l'âge allégué par le jeune exilé, garantissant ainsi la subsidiarité des examens radiologiques osseux.

En ne précisant pas ce point, l'article 388 du code civil s'avère contraire aux engagements conventionnels de la France et porte atteinte aux droits de l'enfant.

A titre subsidiaire, si la Cour de cassation ne devait pas retenir l'inconventionnalité de l'article 388 du code civil, il apparaît qu'elle doit procéder à un contrôle strict des garanties énoncées par le Conseil constitutionnel, en veillant notamment à l'application par les juridictions du fond de la règle de subsidiarité de l'examen radiologique osseux et du respect du contradictoire.

IV. Le contrôle par la Cour de cassation de l'effectivité des garanties prévues par l'article 388 du code civil, rappelées par le Conseil constitutionnel

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 législation est appliquée.

Le Défenseur des droits constate que l'imprécision des conditions fixées à l'article 388 du code civil pour recourir aux examens d'âge osseux – à savoir « *l'absence de documents d'identité valables* » et un « *âge allégué [qui] n'est pas vraisemblable* », conduit toujours actuellement à des pratiques et à des jurisprudences très disparates sur l'ensemble du territoire.

La circulaire du 19 avril 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant³⁴ apporte des précisions sur les conditions dans lesquelles un examen peut être ordonné. Elle indique en effet, que :

« L'examen ne peut être ordonné qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire si l'individu :
- ne dispose pas de documents d'identité valables,
- fait état d'un âge qui n'est pas vraisemblable.
Ces conditions sont cumulatives.

L'appréciation du caractère vraisemblable de l'âge allégué sera nécessairement subjective et réalisée in concreto, mais devra être motivée pour fonder la décision de recourir aux examens radiologiques osseux. Si l'âge invoqué n'est pas vraisemblable, l'autorité judiciaire devra faire état de l'absence de documents d'identité valables. »

Les dispositions de l'article 388 restent pourtant largement sujettes à l'interprétation.

Si le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 388 du code civil était conforme à la Constitution, il est toutefois venu rappeler un certain nombre de principes. Il a notamment rappelé que l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant « *impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures* ».

S'agissant des examens radiologiques osseux, il a rappelé que « *cet examen ne peut être ordonné que si la personne en cause n'a pas de documents d'identité valables et si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable. Il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du respect du caractère subsidiaire de cet examen* ».

³⁴ Circulaire NOR : JUSF1711230C – cf fiche 10

Il ajoute : « (...) il appartient donc à l'autorité judiciaire d'apprécier la minorité ou la majorité de [la personne] en prenant en compte les autres éléments ayant pu être recueillis, tels que l'évaluation sociale ou les entretiens réalisés par les services de la protection de l'enfance. Enfin, si les conclusions des examens radiologiques sont en contradiction avec les autres éléments d'appréciation susvisés et que le doute persiste au vu de l'ensemble des éléments recueillis, ce doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé. »

Si l'interprétation du faisceau d'indices permettant de conclure à la majorité ou la minorité d'un jeune exilé relève de l'appréciation souveraine des juges du fond³⁵, le Défenseur des droits considère que la Cour de cassation doit veiller à une interprétation stricte des dispositions de l'article 388 du code civil, et notamment à l'application de la règle de subsidiarité de l'examen, afin de favoriser l'harmonisation de la jurisprudence et des pratiques en la matière, dans l'objectif du meilleur respect des droits des enfants et de leur égalité devant la loi.

a. Le respect de la condition de subsidiarité des examens radiologiques osseux

Si les dispositions de l'article 388 du code civil n'ont pas été précisées par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée, il a néanmoins fermement rappelé qu'il appartenait à l'autorité judiciaire de s'assurer du caractère subsidiaire de l'examen radiologique osseux. Cette garantie doit être strictement appliquée et nécessite, à l'issue d'un débat contradictoire, la vérification de la réunion des deux conditions cumulatives par le juge qui devrait motiver ainsi, sous le contrôle de la cour de cassation, le caractère subsidiaire de l'examen radiologique osseux.

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

Dans sa décision du 31 mai 2019, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies rappelle aux Etats parties la nécessité d'accorder, jusqu'à preuve du contraire, une présomption d'authenticité aux documents d'identité produits par l'enfant et de respecter son droit de préserver son identité, lequel est protégé par l'article 8 de la CIDE. Cet article prévoit en effet l'engagement des Etats « à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale ». Dans cet objectif, la CIDE indique que « Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible ».

Dans la même décision, le Comité des droits de l'enfant considère que « l'âge et la date de naissance d'un enfant font partie de son identité et que les États parties ont l'obligation de respecter le droit de l'enfant de préserver son identité sans le priver d'aucun élément de cette identité ». Ainsi, le Comité a constaté que les autorités espagnoles n'avaient pas respecté leurs engagements au titre de l'article 8. Il a en effet relevé « que, bien que l'auteur ait fourni aux autorités espagnoles une copie de son certificat de naissance, qui contenait des données relatives à l'identité de l'enfant, l'État partie n'a pas respecté l'identité de l'auteur en niant toute valeur probante au certificat de naissance, et ce sans évaluation formelle préalable des données contenues dans ce certificat par une autorité compétente et sans avoir vérifié, alternativement, les données contenues dans ce document avec les autorités de son pays d'origine. ».³⁶

Or, 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,

³⁵ Par exemple, C. Cass., 1^{ère} civ., 4 janvier 2017, n°15-18468

³⁶ Décision du Comité des droits de l'enfant du 31 mai 2019, précitée

quelle que soit la validité des documents d'état civil produits³⁷. Il a ainsi eu à connaître de nombreuses situations où un examen d'âge osseux a été décidé alors que l'expertise documentaire était positive³⁸.

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 agents³⁹.

Le Défenseur des droits, au travers des réclamations qui lui sont soumises sur l'ensemble du territoire, déplore le manque d'harmonisation des comptes rendus des services de fraude documentaire des préfectures sur la fiabilité des actes analysés. Ces disparités quant à l'interprétation par les juridictions, 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 des termes « *documents d'identité valables* » de l'article 388 du code civil. A titre d'exemple, le Défenseur des droits a eu l'occasion de relever dans un rapport d'analyse documentaire la remise en cause de l'authenticité d'un passeport du fait de l'absence de visa y figurant. Sur le fondement de cette analyse erronée du document d'identité produit, le juge des enfants a sollicité un examen radiologique osseux de la personne se disant mineure⁴⁰.

En outre, le Défenseur des droits a pu constater que des juges des enfants et des cours d'appel ordonnent simultanément une expertise documentaire et un examen d'âge osseux dans la même décision. Ainsi, alors que les documents d'identité fournis par la personne se disant mineure 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.

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 personne⁴¹. 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.

Or, le Défenseur des droits constate, dans un grand nombre de dossiers, l'absence de démarches auprès des autorités du pays d'origine, les magistrats recourant plus aisément aux examens radiologiques osseux. Il constate régulièrement que prévaut, au détriment du mineur, une présomption de non-authenticité des actes produits⁴².

³⁷ Décision n° MDE-2016-088

³⁸ Décisions n° MDE-2016-046 ; MDE-2016-092 ; MDE-2016-093

³⁹ 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

⁴⁰ Décision n°2017-329 et arrêt de la cour d'appel de Dijon du 26/12/2017 (RG. 17/01228)

⁴¹ Décision n° 2017-010

⁴² 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* ».

Le Défenseur des droits a, enfin, été saisi d'une situation similaire à celle soumise en l'espèce à la Cour de cassation, en ce qu'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 positive⁴³.

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

Sur la condition de la non vraisemblance de l'âge allégué, le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de relever devant la Cour de cassation⁴⁴, les lacunes dans les procédures d'évaluation socio-éducative mises en place par les départements. Il constate que la qualité très hétérogène des évaluations socio-éducatives qui en résulte a pour conséquence un recours croissant aux examens radiologiques osseux.

Les évaluations ne sont pas toujours 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 desquels 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 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 osseux⁴⁵.

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'appel⁴⁶. La cour a, par arrêt avant-dire droit, ordonné simultanément une expertise documentaire et un examen d'âge osseux.

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 allégué⁴⁷.

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 parquet⁴⁸, 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 mineur⁴⁹ 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.

Ainsi, le Défenseur des droits a constaté à maintes reprises, au travers du traitement des réclamations individuelles qui lui sont soumises que, les garanties rappelées par le Conseil constitutionnel sont insuffisamment appliquées par les juridictions

⁴³ Décision n° 2018-125

⁴⁴ Décision n° 2018-296

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Décision n° 2018-178

⁴⁷ Décision n° 2017-248

⁴⁸ Décision n° 2017-009

⁴⁹ Décision n° 2018-125

b. Sur le recueil du consentement

L'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que l'enfant doit avoir « *la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ».

De nombreuses instances à travers l'Europe recommandent d'adopter des normes communes fondées sur les meilleures pratiques en vigueur en matière de détermination de l'âge⁵⁰, dont celle d'informer l'enfant préalablement à l'examen de sa demande protection, de la possibilité d'être soumis à un examen médical visant à déterminer son âge, ce qui comprend des informations sur la méthode d'examen et les conséquences possibles des résultats de cet examen médical pour l'analyse de la demande de protection, ainsi que sur les conséquences qu'entraînerait le refus du mineur non accompagné de subir un tel examen médical.

Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, l'examen radiologique osseux ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, dans une langue qu'il comprend. À cet égard, la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux.

Dans son commentaire, le Conseil constitutionnel explique : « *l'intéressé doit y consentir. La Cour de cassation a jugé à cet égard que la loi n'impose pas que le consentement prenne une forme écrite, dès lors que l'intéressée disposait des conseils de son avocat, que l'expert précisait qu'elle parlait et comprenait parfaitement le français et qu'il avait donc été possible de lui expliquer la mission et de recueillir son consentement, dans le respect des règles de déontologie qui régissent l'exercice de sa profession* ».

Or, le Défenseur des droits a constaté plusieurs difficultés s'agissant du recueil du consentement de l'intéressé à la pratique des examens radiologiques osseux. Les modalités de recueil du consentement s'avèrent disparates sur le territoire et aléatoires. Les jeunes exilés doivent parfois consentir lors de convocation au sein d'un commissariat de police, parfois auprès des personnels de l'aide sociale à l'enfance et, le plus souvent, hors la présence d'un avocat. L'article 388 ne prévoyant pas la désignation d'un représentant légal, il est permis de s'interroger sur la fiabilité du recueil du consentement éclairé du jeune exilé et les explications données relative au déroulement de ces examens.

Il est par conséquent nécessaire que la Cour de cassation exerce un contrôle sur les modalités de recueil du consentement de l'intéressé afin de donner plein effet à cette garantie.

Le Défenseur des droits a en outre 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 préalable⁵¹.

Ainsi, le contrôle de la Cour doit aussi s'exercer sur l'interprétation qui pourrait être faite par les juges du fond, du refus du jeune exilé de consentir à la pratique d'un examen radiologique osseux.

⁵⁰ Discours du Représentant spécial sur les migrations et les réfugiés du CoE, Tomáš Boček, lors de la rencontre d'Ombudsmans, Médiateurs et défenseurs des droits de l'enfant organisée par l'ENOC et le Défenseur des Droits, juin 2016.

⁵¹ Décision n° 2017-010

En conséquence, le Défenseur des droits considère que le recours aux examens osseux constitue une atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant, contraire aux engagements conventionnels de la France.

Il estime, en outre, qu'en n'entourant pas la procédure d'évaluation de la minorité de garanties suffisantes, l'article 388 du code civil ne répond pas aux exigences fixées par les engagements conventionnels précités que la France a ratifiés, et devrait être considéré comme in conventionnel.

Enfin, dans l'hypothèse où la Cour de cassation ne retiendrait pas cette analyse, il considère qu'il relèverait de la Haute juridiction, dans les espèces qui lui sont soumises, d'exercer un contrôle strict sur la mise en œuvre par les juges du fond des garanties prévues à l'article 388 du code civil tant sur le recueil du consentement, le caractère subsidiaire de l'examen osseux que sur le respect du contradictoire.

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

Jacques TOUBON