

Paris, le 6 septembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-244

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

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

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

Vu la Convention internationale relative aux 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 du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CRC/GC/ 2005/6) (2005) ;

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 l'observation générale conjointe n° 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 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 (CMW/C/GC/3 - CRC/C/GC/22) (2017) ;

Vu l'observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 du Comité des droits de l'enfant, (CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23) (2017) ;

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° 2019-57 du 30 janvier 2019 relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes ;

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 l'arrêté du 20 novembre 2019 pris en application de l'article R. 221-11 du code de l'action sociale et des familles relatif aux modalités de l'évaluation des personnes se présentant comme mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille ;

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 au cadre juridique applicable à la situation des mineurs isolés étrangers, adoptée après consultation du Collège compétent en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant ;

Vu la décision du Défenseur des droits n° 2021-070 du 17 mars 2021 ;

Saisie par le conseil de Monsieur X, Me Y avocate au barreau de A, des difficultés de Monsieur X à bénéficier d'une mesure de protection en tant que mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, au titre de l'article 375 du code civil,

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 les observations suivantes devant la cour d'appel de A.

Claire HÉDON

Observations devant la cour d'appel de A en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

I. Rappel des faits

1. La Défenseure des droits a été saisie le 27 juillet dernier de la situation du mineur X, de nationalité malienne, né le 15 février 2005 à Yaguiné, au Mali, se déclarant mineur et isolé sur le territoire français.
2. Des éléments transmis, il ressort que X, muni d'un extrait d'acte de naissance, du volet n° 3 d'extrait d'acte de naissance et d'un extrait conforme de jugement supplétif d'acte de naissance, s'est déclaré mineur non accompagné auprès des services habilités du conseil départemental de B et a sollicité à ce titre une prise en charge à l'aide sociale à l'enfance. Le 22 avril 2021, Monsieur X a bénéficié d'un accueil provisoire d'urgence. Le 27 avril 2021, Monsieur X a été orienté vers la préfecture de B dans le cadre de la procédure AEM (appui à l'évaluation de minorité) aux fins de procéder au relevé de données biométriques puis a bénéficié d'un entretien d'évaluation de minorité et d'isolement le 5 mai 2021.
3. Le 7 mai 2021, une décision du président du conseil départemental de fin de prise en charge lui est notifiée et ainsi motivée : *« Vous (...) présentez des documents d'état civil. En effet, votre demande de protection liée à la qualité de mineur nécessite que vous puissiez apporter la preuve de la minorité. Le parfait état des documents produits datant de 2008 et 2009 apparaît surprenant. (...) Votre récit demeure évasif et vous n'êtes pas en mesure d'étayer votre histoire ni votre parcours migratoire, concluant le plus souvent par « je ne sais pas » Vous n'apportez aucun repère temporel à votre récit (...) Votre attitude désinvolte et amusée des réponses que vous apportez lors de votre entretien questionne. Votre posture et la façon de vous exprimer laissent penser que vous êtes un adulte »*.
4. Monsieur X a saisi le juge des enfants de A le 14 juin 2021. Une audience s'est tenue le 30 juin 2021. Lors de celle-ci, Monsieur X a remis au juge les documents d'état civil originaux susmentionnés et le juge des enfants a questionné Monsieur X sur son consentement à se soumettre à une expertise médicale d'âge osseux, lui expliquant qu'il s'agissait d'une radiographie du poignet et de la main et d'un scanner de la clavicule.
5. Une ordonnance d'examen osseux datée du 30 juin 2021 lui est notifiée et ainsi motivée *« en l'espèce, les documents d'état civil présentés ne comportent pas d'anomalie manifeste décelable au premier examen. Toutefois, l'âge allégué de 16 ans est peu vraisemblable compte tenu de l'apparence physique de X qui est effectivement davantage celle d'un jeune adulte, ce qui a été relevé par l'unité MNA (...) et par le SEMNA. Par ailleurs son discours ne comporte aucun élément temporel, ce qui pourrait s'expliquer par l'absence complète d'instruction dont il fait état, mais ne permet aucunement de vérifier plus avant la concordance des éléments qu'il allègue. Lors de l'audience, X consent à ce qu'un examen osseux soit réalisé »*.
6. En application de l'article 272 du code de procédure civile, Monsieur X a sollicité de la Première présidente de la cour d'appel de A d'être autorisé à relever immédiatement appel de l'ordonnance d'expertise du 30 juin 2021.
7. C'est dans ce cadre que ce dossier est examiné à l'audience fixée le 8 septembre 2021 devant la cour d'appel de A.

II. Remarques préliminaires

8. Le Défenseur des droits n'ayant pu, compte tenu de la brièveté du délai entre sa saisine et l'audience, mener une instruction contradictoire. De ce fait, les observations du Défenseur des droits sont fondées sur son analyse en droit et sur les faits de l'espèce reposent sur les éléments transmis par Monsieur X et son avocate.

III. Observations

9. À titre liminaire, il convient de rappeler que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par la France en 1990, précise dans son article 3, dont l'effet direct a été reconnu¹, que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait [...] des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

10. Par une observation générale conjointe n° 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 du Comité des droits de l'enfant², il est souligné que cet article « *fait obligation au secteur public comme au secteur privé, aux tribunaux, aux autorités administratives et aux organes législatifs de veiller à ce que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt de l'enfant soit évalué et soit une considération primordiale. (...) Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale est un droit de fond, un principe juridique interprétatif et une règle de procédure (...) le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas seulement une considération parmi d'autres. Il convient donc d'accorder un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant.* »

11. Comme l'a rappelé le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale n° 6 du 1^{er} septembre 2005, « *la jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement (...) être accessible à tous les enfants y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie* ». L'État a ainsi la responsabilité de prendre des mesures visant à garantir l'exercice de ces droits sans discrimination mais également de s'abstenir de prendre certaines mesures attentatoires aux droits de ces enfants.

12. Il convient de rappeler que le processus de détermination de la minorité et de l'isolement s'entend comme l'ensemble des étapes visant à établir la minorité et l'isolement d'une personne se déclarant mineure privée temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, incluant l'évaluation de vulnérabilités diligentée par le conseil départemental ainsi que les voies de recours judiciaires. Cette définition est celle précisément retenue par le Comité des droits de l'enfant qui souligne que « *le processus de détermination de minorité revêt une importance fondamentale, puisqu'il détermine l'application de la convention internationale des droits de l'enfant, raison pour laquelle il est impératif qu'il y ait la possibilité de contester le résultat par le biais d'une procédure judiciaire et que pendant que ce processus*

¹ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 ; Cour de cassation, ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-69.052 ; Cour de cassation, 1^{ère} civ., 20 mars 2019, n° 18-11.815.

² Observation générale conjointe n° 3 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 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 CMW/C/GC/3 - CRC/C/GC/22 (2017).

est en cours, la personne doit bénéficier du doute et être considérée comme mineure et donc être traitée comme un enfant.»³.

13. Le Comité des droits de l'enfant constatait déjà avec préoccupation en 2009 que, malgré les 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 migrants⁴.

14. Seul le juge des enfants est compétent pour confier durablement un mineur à l'aide sociale à l'enfance en application des articles 375 et suivants du code civil, et donc pour trancher la question de la minorité⁵. A ce titre, le Défenseur des droits rappelle que l'évaluation réalisée par les conseils départementaux est un outil traditionnel de protection de l'enfance, dont l'importance est soulignée par la loi du 14 mars 2016, et qui s'inscrit dans le faisceau d'indices à disposition du magistrat ; l'état civil demeurant, en application de l'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'effet direct a été reconnu⁶, un des éléments principaux du faisceau.

15. A ce titre, et comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans la décision du 21 mars 2019⁷, l'exigence constitutionnelle 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 et donc « 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 ».

16. Ces garanties sont d'autant plus fondamentales concernant le recours aux expertises médicales d'âge osseux 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* »⁸.

17. L'article 388 du code civil autorise, à titre subsidiaire et sous conditions, le recours à un examen radiologique osseux aux fins de contribuer à la détermination de la minorité d'une personne. En ce sens, l'article 388 du code civil dispose désormais que « 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. »

18. Si le Conseil constitutionnel, dans la décision précitée, a considéré que l'article 388 du code civil était conforme à la Constitution, ce n'est qu'en raison du caractère subsidiaire de l'examen et des garanties strictes et cumulatives fixées par le législateur en 2016 : « 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 caractère subsidiaire de cet examen. (...) cet examen ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, dans une langue qu'il comprend. »⁹ Le Conseil constitutionnel conclut qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées.

³ CRC/C/81/D/22/2017, CRC/C/81/D/16/2017, CRC/C/82/D/27/2017 §9.3; CRC/C/79/D/11/2017 §12.3; CRC/C/83/D/21/2017 §10.9; CRC/C/83/D/24/2017 §10.3; CRC/C/85/D/26/2017 §9.8; CRC/C/85/D/28/2017 §9.8; CRC/C/82/D/17/2017 §13.3.

⁴ Comité des droits de l'enfant, Observations finales, France, 29 janvier 2016, CRC/C/FRA/CO/5.

⁵ Conseil d'Etat, 1er juillet 2015 n° 386769.

⁶ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 6 janv. 2010, n° 08-18.871.

⁷ Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019.

⁸ *Ibid.*

⁹ Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019, considérants 9-10.

19. La Défenseure des droits, résolument opposée à l'utilisation de ces examens médicaux, qu'elle juge inadaptés, inefficaces et indignes¹⁰, souhaite ainsi attirer l'attention de la cour d'appel sur l'absence de réunion des conditions cumulatives posées à l'article 388 du code civil. Il sera ainsi souligné la présence de documents d'état civil et d'identité valables et la nécessité de respecter le droit à l'identité du mineur et ses composantes (1) ; l'absence de qualification du caractère non vraisemblable de l'âge allégué et le caractère inopérant de l'incohérence du récit (2) et les conditions de recueil du consentement du mineur (3).

1. Présence de documents d'état civil et d'identité valables et droit à l'identité du mineur et ses composantes

20. L'article 388 du code civil précise en premier lieu que l'expertise médicale d'âge osseux ne peut être ordonnée que si la personne en cause n'a pas de documents d'identité valables, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt en date du 11 décembre 2019¹¹. Cette première condition posée par le législateur s'inscrit dans le droit à l'identité d'un mineur, droit garanti conventionnellement.

21. L'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'effet direct a été reconnu par la Cour de cassation¹², consacre le droit de l'enfant de préserver son identité. Le Comité des droits de l'enfant a éclairé les composantes de ce droit à l'identité dans ses différentes observations en affirmant à plusieurs reprises que la date de naissance constitue un élément fondamental de l'identité et est protégée à ce titre par l'article 8, concluant « que les États parties sont tenus de respecter le droit de l'enfant de préserver son identité sans le priver d'aucun des éléments qui la constituent »¹³.

22. Le Comité des droits de l'enfant a eu l'occasion de rappeler en outre que la charge de la preuve ne repose pas uniquement sur le mineur. En effet, concernant l'argument de l'Etat espagnol selon lequel l'acte de naissance de l'intéressé ne comportait pas de données biométriques et que les données qui y figuraient ne pouvaient être recoupées avec les renseignements donnés par l'auteur, le Comité a rappelé que « la charge de la preuve n'incombe pas exclusivement à l'auteur de la communication, d'autant plus que l'auteur et l'Etat partie n'ont pas toujours un accès égal aux éléments de preuve et que, très souvent, seul l'Etat partie dispose des informations pertinentes(...) »¹⁴. Dans une autre affaire¹⁵, le Comité a noté « (...) qu'en l'espèce, bien que l'auteur ait présenté aux autorités espagnoles une copie de son acte de naissance, l'Etat partie n'a pas respecté son identité car il a refusé d'accorder toute valeur probante à ce document, sans avoir fait examiner au préalable les informations figurant sur l'acte par les autorités compétentes et sans avoir cherché à vérifier ces informations auprès des autorités du pays d'origine de l'auteur. En conséquence, le Comité conclut que l'Etat partie a violé l'article 8 de la Convention ».

23. Le droit à l'identité d'un mineur est également garanti conventionnellement par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, éclairé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour a ainsi rappelé que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »¹⁶.

¹⁰ Défenseur des droits, décision cadre n° MDE-2016-052 du 26 février 2016.

¹¹ Cour de cassation, crim. 11 décembre 2019 n° 18-84.938.

¹² Cour de cassation, 1^{ère} civ., 6 janv. 2010, n° 08-18.871.

¹³ CRC/C/83/D/21/2017 §10.17 ; CRC/C/83/D/24/2017 §10.9 ; CRC/C/85/D/26/2017 §9.16 ; CRC/C/85/D/28/2017 §9.15 ; CRC/C/82/D/17/2017 §13.9 ; CRC/C/82/D/27/2017 §9.10.

¹⁴ CRC/C/83/D/21/2017 §10.2.

¹⁵ CRC/C/82/D/27/2017 §9.10.

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, 5e Sect. 26 juin 2014, Mennesson c. France, Req. n° 65192/11 §96 ; 5e Sect. 26 juin 2014, Labassée c. France, Req. n° 65941/11 §75.

24. Il sera en outre rappelé qu'un intérêt d'ordre public s'attache à ce que toute personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger et possède une nationalité étrangère, soit pourvue d'un état civil¹⁷.

25. L'article 47 du code civil dispose que « *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.* »

26. En matière d'état civil, la loi nationale est compétente pour déterminer la forme et le contenu des actes d'état civil¹⁸. Par conséquent la forme des actes d'état civil ainsi que le nombre et les catégories de mentions que contiennent ces derniers sont figés par la loi du pays au nom duquel ils sont établis. Il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger¹⁹.

27. La Cour de cassation a rappelé à cet égard l'impossibilité pour le juge de conclure à l'absence d'authenticité d'un acte sans préciser la nature exacte des anomalies affectant ce dernier²⁰.

28. Il existe ainsi une présomption d'authenticité des actes d'état civil étrangers produits, même si cette présomption n'est pas irréfragable. En cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude des documents produits, l'article 1 du décret n° 2015-1740 du 24 décembre 2015 relatif aux modalités de vérification d'un acte de l'état civil étranger prévoit que « ... *l'autorité administrative saisie d'une demande d'établissement ou de délivrance d'un acte ou de titre procède ou fait procéder, en application de l'article 47 du code civil, aux vérifications utiles auprès de l'autorité étrangère compétente, le silence gardé pendant huit mois vaut décision de rejet. Dans le délai prévu à l'article L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration, l'autorité administrative informe par tout moyen l'intéressé de l'engagement de ces vérifications* ».

29. La présomption de validité des actes d'état civil étrangers ne peut cependant être renversée qu'en rapportant la preuve du caractère irrégulier, falsifié ou non conforme à la réalité de l'acte en question. « *La possibilité de contredire la présomption d'authenticité des actes de l'état civil doit s'opérer à travers la mise en œuvre d'une procédure légale de vérification, avec les garanties qui s'y rattachent* », notamment celle pour la personne qui produit l'acte d'état civil d'apporter tout élément complémentaire à l'appui de ses déclarations. C'est ce qu'a rappelé, en ces termes, la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel d'Amiens dans un arrêt du 5 février 2015²¹.

30. La circulaire du 19 avril 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant²² précise d'ailleurs, concernant le recours aux examens d'âge osseux, que « *le terme « valable » fait référence à l'authenticité du document, plus qu'à sa validité temporelle. Il s'agit là d'exclure les*

¹⁷ Cour d'appel de Paris, 24 février 1977, D.S. 1978, 168 ; cour d'appel de Paris, 2 avril 1998 D. I.R. 137, R.T.D.C. 1998 651.

¹⁸ Cour de cassation, civ., 23 novembre 1840, cour d'appel d'Aix 20 mars 1862, cour d'appel de Paris 2 août 1876, cour d'appel de Paris 25 juin 1959.

¹⁹ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734, Bull. 2005, I, n° 289 ; com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, Bull. 2005, IV, n° 138.

²⁰ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 14 juin 2019, n° 18-24.747.

²¹ Cour d'appel d'Amiens, chambre spéciale des mineurs, 5 février 2015 n° 14/03740, 18.

²² NOR : JUSF1711230C, fiche n° 10.

faux documents d'identité ou ceux dont l'authenticité est douteuse. L'existence d'un document d'identité valable est une condition objective. L'absence de photographie sur le document, dès lors qu'elle correspond aux règles applicables dans le pays concerné, ne peut donc être retenue pour refuser la validité d'un document » et souligne que la jurisprudence a pu retenir par exemple au titre des documents d'identité valables un acte de naissance, un jugement supplétif.

31. En l'espèce, Monsieur X présente à l'appui de sa demande de protection un extrait conforme de jugement supplétif d'acte de naissance, le volet n° 3 de l'extrait d'acte de naissance ainsi qu'un extrait d'acte de naissance. L'ordonnance d'examen osseux du 30 juin 2021 précise que *« les documents d'état civil présentés ne comportent pas d'anomalie manifeste décelable au simple examen »*. Aucune analyse documentaire n'a été portée à la connaissance du Défenseur des droits. L'authenticité des actes présentés par Monsieur X n'a donc pas été écartée. L'absence de documents d'identité valables n'est donc pas caractérisée.

2. La condition de l'âge non vraisemblable n'a pas été dûment caractérisée par le premier juge au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant

32. L'article 388 du code civil pose en deuxième condition un âge allégué non vraisemblable. La Cour de cassation a rappelé²³ qu'il incombe au juge de rechercher si l'âge allégué par l'intéressé n'est pas vraisemblable.

33. La circulaire du 19 avril 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant²⁴ indique *« 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. »*

34. Il convient tout d'abord de souligner le caractère éminemment subjectif de l'appréciation physique. Dans une décision rendue le 4 mars 2014, la cour d'appel de Douai relevait que *« l'apparence physique est un élément subjectif qui ne peut servir à justifier ni de la minorité ni de la majorité »*²⁵. Dans un arrêt du 02 avril 2019²⁶, la cour d'appel de Rouen rappelait également que l'apparence physique ne pouvait suffire à disjoindre le faisceau d'indices étayé notamment par un acte de naissance dont l'authenticité n'était pas discutée.

35. Il sera relevé ensuite le caractère inopérant de l'incohérence du récit. D'une part, des incohérences dans le récit migratoire et autobiographique ne sauraient suffire à écarter les documents d'état civil et d'identité dont l'authenticité n'est pas contestée ; d'autre part ce critère ne figure pas parmi les conditions énoncées par l'article 388 du code civil. La cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 04 juillet 2017, rappelait ainsi que *« les incohérences relevées dans le récit du mineur ou l'appréciation de son âge physique par [l'organisme évaluateur] ne sont pas suffisants pour mettre à néant les documents d'identification présentés par [le mineur] »*²⁷. La cour d'appel de Rouen, dans un arrêt du 16 janvier 2018²⁸, a rappelé que le mineur produisant des documents d'état civil, établis notamment sur support authentique ainsi que le relevait la PAF, prouvait bien *« la date de naissance dont il se prévaut*

²³ Cour de cassation, 1^e civ., 15 octobre 2020, n° 20-14.993 ; voir également Cour de cassation, crim. 11 décembre 2019 n° 18-84.938.

²⁴ NOR : JUSF1711230C, fiche n° 10.

²⁵ Cour d'appel de Douai, 4 mars 2014, n° 13/05775.

²⁶ Cour d'appel de Rouen, 02 avril 2019, n° RG 18/04400. Voir également cour d'appel de Rouen, 28 mai 2019 n° RG 19/00221.

²⁷ Cour d'appel de Lyon, 04 juillet 2017 n° 171216.

²⁸ Cour d'appel de Rouen, 16 janvier 2018, n° 1701725. Voir également cour d'appel de Toulouse, 14 décembre 2018, n° 2018/260, RG 18/00231 ; cour d'appel de Toulouse, 07 juin 2019 n° 2019/137, n° RG 19/00057.

puisque les considérations bien trop subjectives de l'aide sociale à l'enfance sur son apparence ou sur les inévitables imperfections de son récit autobiographique n'entament en rien la force démonstrative de ce faisceau ».

36. Enfin, la cour d'appel de Toulouse, chambre de la famille, dans un arrêt du 31 mars 2020 n° 43 a estimé que « *la constatation de sa maturité, de son autonomie dans la vie en collectivité qui peuvent également être la conséquence de ses conditions de vie antérieures ou l'appréciation éminemment subjective de son apparence physique, n'ont pas en soi une incidence directe sur l'âge du sujet* ».

37. En l'espèce, l'ordonnance d'expertise mentionne « *l'âge allégué de 16 ans est peu vraisemblable compte tenu de l'apparence physique de X qui est effectivement davantage celle d'un jeune adulte, ce qui a été relevé par l'unité MNA qui l'a pris en charge et par le SEMNA. Par ailleurs son discours ne comporte aucun élément temporel, ce qui pourrait s'expliquer par l'absence complète d'instruction dont il fait état, mais ne permet aucunement de vérifier plus avant la concordance des éléments qu'il allègue* ».

38. En retenant cette motivation qui ne caractérise pas l'âge non vraisemblable, l'autorité judiciaire n'a pas donné plein effet aux garanties posées par l'article 388 du code civil.

3. Les conditions du recueil du consentement du mineur

39. La décision du 21 mars 2019 du Conseil constitutionnel précitée affirme qu'il résulte des 10e et 11e alinéas du préambule de la Constitution de 1946, une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à participer à toute décision le concernant sont intrinsèquement liés et ne peuvent se concevoir séparément²⁹.

40. Ce droit à être entendu et à participer à toute décision le concernant est garanti au mineur par l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'applicabilité directe a été reconnue tant par la Cour de cassation³⁰ que par le Conseil d'Etat³¹.

41. Tel que cela a été souligné par le Conseil constitutionnel³² ainsi que par la Cour de cassation, si et seulement si les deux conditions cumulatives (*supra*) sont réunies, l'expertise médicale d'âge osseux ne peut intervenir qu'une fois le consentement éclairé de l'intéressé recueilli.

42. Afin d'être en mesure de donner son consentement de manière éclairée, l'intérêt supérieur de l'enfant commande que le mineur ait accès, d'une manière adaptée et compréhensible, à une information juridique précise et complète sur l'ensemble des conditions requises selon l'article 388 du code civil pour recourir aux expertises médicales d'âge osseux, les garanties posées par l'article précité et éclairées par la décision du Conseil constitutionnel, ainsi que sur son droit de refuser de se soumettre aux expertises médicales d'âge osseux.

²⁹ Défenseur des droits, Rapport annuel sur les droits de l'enfant 2020, « Prendre en compte la parole de l'enfant : un droit pour l'enfant, un devoir pour l'adulte ».

³⁰ Cour de cassation, 1^e civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613.

³¹ Conseil d'Etat, 27 juin 2008, n° 291561.

³² Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019 ; Cour de cassation, crim., 11 décembre 2019 n° 18-84.938.

43. Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel, l'autorité judiciaire doit donner plein effet aux garanties posées à l'article 388 du code civil et notamment celle du recueil du consentement éclairé de l'intéressé.

44. En l'espèce, Monsieur X et son conseil ont indiqué au Défenseur des droits que lors de l'audience, seule l'explication du procédé médical (qui consiste en une radiographie du poignet et de la main et d'un scanner de la clavicule) a été délivrée à Monsieur X.

45. Les conditions du recueil d'un consentement éclairé ne semblent pas réunies au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et des exigences posées par l'article 388 du code civil.

46. Telles sont les observations je souhaite soumettre à l'appréciation de la cour d'appel de A.

Claire HÉDON