

Paris, le 17 novembre 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-294

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 de l'action sociale et des familles ;

Vu le code civil ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

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 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 du Défenseur des droits n° 2019-218 du 5 septembre 2019 relative à la détermination de la minorité d'un jeune exilé se disant mineur non accompagné ;

Vu la décision cadre du Défenseur des droits n° 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 ;

Saisie par X de ses difficultés 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 chambre des mineurs de 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 de la situation du mineur X, né le 25 novembre 2004 à Kolaura, Bangladesh, se déclarant mineur et isolé sur le territoire français.
2. Des éléments transmis, il ressort que X, muni d'un certificat de naissance original (*birth certificate*), s'est déclaré mineur non accompagné auprès des services habilités du conseil départemental B et a sollicité à ce titre une prise en charge à l'aide sociale à l'enfance. Le 09 juillet 2020, X a bénéficié d'un accueil provisoire d'urgence. Une évaluation de minorité et d'isolement a été diligentée par les services du Z géré par Y, association habilitée par le conseil départemental B, à la suite de laquelle un rapport en date du 20 juillet 2020 a été établi. Le rapport indique la présentation de l'original du certificat de naissance mais n'a pas conclu à la minorité de X.
3. Le 20 juillet 2020, le président du conseil départemental B a transmis le rapport d'évaluation et les conclusions de celle-ci au procureur de la République près le tribunal judiciaire de C.
4. Une enquête pénale pour des faits d'escroquerie au préjudice d'un organisme de protection sociale pour l'obtention d'une allocation ou prestation induue est ouverte. Par soit-transmis en date du 30 juillet 2020 du substitut du procureur, il est ordonné de procéder à la signalisation de l'intéressé (VISABIO, FAED, etc.), de saisir les documents d'identité originaux et de les transmettre à la cellule fraude de la police aux frontières de A aux fins d'analyse et enfin, « après avoir recueilli l'accord de la personne susmentionnée, faire procéder à un examen médical de la personne afin d'apporter tout élément permettant de préciser son âge (prévoir un interprète avec le médecin et rappeler que les conclusions de l'examen doivent préciser la marge d'erreur) ».
5. Le 22 septembre 2020, X est entendu par les services de police en audition libre, sans l'assistance d'un avocat. Le coordonnateur du Z est entendu également le même jour. Lors de cette audition, l'agent de police judiciaire a recueilli le consentement de X de se soumettre à un examen radiologique d'âge osseux. Le même jour, le rendez-vous est pris auprès du centre hospitalier de C. La consultation des différents traitements automatisés ne révèle aucune identité connue.
6. Le 25 septembre 2020, le certificat de naissance est transmis par le commissariat de police de C à la cellule fraude documentaire de la DIDPAF D pour authentification, par voie postale.
7. Le 28 septembre 2020, le rapport d'expertise médicale d'âge osseux établi indique « *selon la méthode de Greulich et Pyle pour la main et le test de Risser pour l'hémi-bassin, la maturation osseuse est terminée. On estime l'âge du patient à 19 ans avec une marge de +/- un an* ».
8. Le rapport d'analyse documentaire daté du 06 octobre 2020 conclut que « *l'ensemble des éléments essentiels à la validité du certificat de naissance sont présents. La cellule fraude documentaire et à l'identité émet un avis favorable* ».
9. Le 06 novembre 2020, le procureur de la République a procédé au classement sans suite de la procédure d'assistance éducative.

10. X a saisi le 13 novembre 2020 le juge des enfants près le tribunal judiciaire de C. Une audience est fixée le 16 février 2021.

11. Le 19 février 2021, une ordonnance aux fins d'expertise médicale d'âge osseux est rendue, commettant l'unité médico-judiciaire du CHU à A. X se rend au rendez-vous grâce à l'aide financière d'une association. En raison de l'absence d'interprète pour recueillir le consentement du mineur, X est convoqué ultérieurement.

12. Faute de moyens financiers et d'accompagnement, X informe, par l'intermédiaire de son conseil, le juge des enfants de l'impossibilité matérielle de se rendre à la convocation par courrier daté du 29 mars 2021.

13. Le 30 mars 2021, le juge des enfants près le tribunal judiciaire de C répond au conseil du mineur laisser le soin à X de trouver une solution pour un nouveau déplacement.

14. Par courrier en date du 12 avril 2021, X, par l'intermédiaire de son conseil, alerte à nouveau le juge des enfants du refus des services SIAO-115 de financer le coût du transport C-A et du refus de l'accompagner.

15. Le 29 avril 2021, le juge des enfants près le tribunal judiciaire de C rend un jugement de non-lieu à assistance éducative relevant « qu'aux termes de l'évaluation socio-éducative menée, (...) les éléments concernant son développement physique, son comportement (...) et son parcours migratoire se sont avérés confus et peu cohérents, en décalage temporel de plusieurs mois ; les documents d'identité (...) ont reçu un avis favorable mais les conditions d'obtention de ces documents suscitent quelques interrogations quant à leur rattachement à celui qui s'en prévaut (...) un nouvel examen osseux claviculaire a été ordonné (...) X ne s'est pas présenté audit examen pourtant anticipé avec présence interprétariale ; si les difficultés évoquées par son conseil (...) sont entendables, elles ne paraissent pas insurmontables ».

16. C'est dans ce cadre que ce dossier est examiné à l'audience fixée le 19 novembre 2021 devant la chambre des mineurs de la cour d'appel de A.

II. Remarques préliminaires

17. Les observations du Défenseur des droits sont fondées sur son analyse en droit et, pour les faits de l'espèce, reposent sur les éléments transmis par X et son avocate.

18. S'agissant des éléments factuels de l'espèce, son analyse ne peut reposer que sur les pièces transmises par l'auteur de la saisine, sans préjudice de leur éventuelle contestation au cours de l'audience.

III. Observations

19. À titre liminaire, il convient de rappeler que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CIDE), 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* ».

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.

20. 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'enfant ², 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.* »

21. 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.

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

23. 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.

24. 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

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).

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.

Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'effet direct a été reconnu⁶, un des éléments principaux du faisceau.

25. 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 par conséquent « **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** ».

26. 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.

27. 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.** »

28. 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.**

29. La Défenseure des droits souhaite attirer l'attention de la cour d'appel sur la nécessité de respecter le droit à l'identité du mineur et ses composantes (1) ; sur les conditions de l'article 388 du code civil (2) et sur les exigences découlant du droit au procès équitable éclairé par l'intérêt supérieur de l'enfant (3).

1. Droit à l'identité du mineur et ses composantes

30. L'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dont l'effet direct a été reconnu par la Cour de cassation¹⁰, 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** »¹¹.

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.

¹⁰ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 6 janv. 2010, n° 08-18.871.

¹¹ 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.

31. 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(...)»*¹². Dans une autre affaire¹³, 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 »*.

32. 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 »*¹⁴.

33. 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 civil¹⁵.

34. 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. »*

35. Ainsi, aux termes de l'article précité, l'acte de l'état civil étranger bénéficie d'une présomption de force probante. Les faits et déclarations contenus dans l'acte étranger sont donc supposés correspondre à la réalité.

36. En matière d'état civil, la loi nationale est compétente pour déterminer la forme et le contenu des actes d'état civil¹⁶. 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 étranger¹⁷.

¹² CRC/C/83/D/21/2017 §10.2.

¹³ CRC/C/82/D/27/2017 §9.10.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

37. 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 dernier¹⁸.

38. La présomption posée par l'article 47 du code civil ne peut donc être renversée qu'après avoir caractérisé les anomalies exactes de l'acte présenté et avoir établi que les informations contenues dans celui-ci ne correspondent pas à la réalité.

39. 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 ».

40. 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 2015¹⁹.

41. En outre, il sera rappelé que la légalisation n'est que la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu²⁰. A ce titre, la Cour de cassation rappelle qu'en dépit du défaut de légalisation, les documents d'état civil produits, établis sur un support authentique, participent d'un faisceau d'indices de minorité²¹. Par ailleurs, saisi d'une demande de suspension du décret n° 2020-1370 du 10 novembre 2020, le Conseil d'Etat juge des référés a rappelé, dans une ordonnance du 12 février 2021²², que « (...) la légalisation n'est pas imposée aux demandeurs d'asile et l'absence de légalisation ne peut, par elle-même, faire obstacle à ce que la protection à laquelle les mineurs sollicitant une mesure d'assistance éducative ont droit soit le cas échéant assurée ou à ce qu'ils bénéficient des garanties attachées à leur minorité dans les contentieux d'urgence les concernant. »

42. Enfin, il convient par ailleurs de relever que des considérations subjectives ne peuvent suffire à disjoindre le faisceau d'indices étayé par des documents d'état civil dont l'authenticité n'a pas été écartée²³.

43. En l'espèce, X a présenté à l'appui de sa demande de protection l'original d'un certificat de naissance (*Birth certificate*) de la République du Bangladesh, qui a fait l'objet d'un examen

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

¹⁹ Cour d'appel d'Amiens, chambre spéciale des mineurs, 5 février 2015 n° 14/03740, 18.

²⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, article 16.

²¹ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 3 avr. 2019, n° 18-15.192.

²² Conseil d'État - juge des référés, 12 février 2021, n° 448294.

²³ 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 ; cour d'appel de Douai, 4 mars 2014, n° 13/05775 ; cour d'appel de Lyon, 04 juillet 2017 n° 171216 ; 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.

technique par les services de la police aux frontières. Ainsi que le relève l'analyse documentaire, l'ensemble des éléments essentiels à la validité du certificat de naissance (cachet et tampon humide du ministère des affaires étrangères du Bangladesh, cachet et tampon humide du notaire, pastille rouge) sont présents sur l'acte. La cellule fraude documentaire et à l'identité a émis alors un avis favorable sur le document. Aucune anomalie n'a été relevée. Dans le jugement en date du 29 avril 2021, il est relevé que X a indiqué que les informations contenues sur l'acte étaient bonnes. Aucun contact n'a été réalisé auprès des autorités consulaires du Bangladesh afin de vérifier les informations contenues dans l'acte d'état civil. Les vérifications utiles auprès des autorités consulaires concernant les informations contenues dans le certificat de naissance n'ont donc pas été réalisées. Il n'a donc pas été établi que les informations contenues dans le certificat de naissance étaient erronées et ne correspondaient pas à la réalité.

2. Sur l'expertise médicale d'âge osseux

44. L'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant consacre le droit à l'identité du mineur, dont la date de naissance est l'une des composantes (*supra*). 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 valables²⁴. Cette première condition posée par le législateur s'inscrit dans le droit à l'identité d'un mineur, droit garanti conventionnellement (*supra*).

45. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans la décision du 21 mars 2019²⁵, 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 ».

46. La détermination de l'âge par examen osseux est une expertise très contestée quant à sa fiabilité, dans la mesure où elle comporte une marge d'erreur importante. En effet, cette technique d'expertise a été établie au début du 20^{ème} siècle à partir des caractéristiques morphologiques d'une population nord-américaine aux fins de traitement médical.

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

48. Cet examen devrait, *a minima*, être réalisé sur la base d'un protocole unique et opposable intégrant des données cliniques, des données dentaires et des données radiologiques de maturité osseuse. Or, aujourd'hui, il semble qu'en Europe seules la France et l'Italie ne bénéficient d'aucun consensus national sur les examens osseux. Ainsi la France ne dispose pas de protocole unique national en la matière.

49. L'avis du Haut conseil de la santé publique (HCSP) relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé, rendu le 23 janvier 2014, souligne à ce titre que « la détermination de l'âge d'un individu lorsqu'il est adolescent ou adulte jeune est imprécise ».

²⁴ Cour de cassation, crim., 11 décembre 2019, n° 18-84.938.

²⁵ Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019.

50. 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 ».

51. En outre, comme l'a rappelé l'ESPR – *European Society of Paediatric Radiology* dans un avis de 2018²⁶, quel que soit l'atlas de référence étudié, quelle que soit l'étude considérée, les données de l'atlas ou de l'étude de référence ne sont valables que sur la population étudiée. De plus, au sein même de la population étudiée, à ce jour, aucune étude n'a produit de résultats fiables à 100%. La société européenne de radiologie pédiatrique conclut en soulignant que l'étude la plus solide à ce jour réalisée sur 2614 cas en France montre des marges de 4 à 6 ans.

52. Concernant le recours au scanner de la clavicule, la méthode consiste à constater l'état de fusion de l'épiphyse. Le manque de recul ne permet pas de savoir si cette méthode est applicable de façon universelle, notamment au regard de facteurs importants de variation constatés sur l'ensemble des tests médicaux de détermination de l'âge, à savoir la classe sociale, l'activité physique dès le plus jeune âge, les différences génétiques, la provenance, les origines, etc. Ceci est d'autant plus à craindre que les premières études qui commencent à paraître dans la littérature médicale font état des mêmes conclusions que pour la technique de Greulich et Pyle : manque de fiabilité, nécessité de comparer des individus de même origine et de même niveau socio-économique²⁷, variabilités individuelles pouvant fortement impacter les résultats, marges d'erreur importantes et surtout grand risque d'erreurs de lecture²⁸ et de difficultés techniques liées à la manipulation²⁹. Ainsi, si plusieurs travaux ont mis en évidence que le stade 3c de la maturation osseuse de l'extrémité sternale de la clavicule observé sur un scanner, qui correspond à la fusion de plus de deux tiers de la métaphyse, était un indicateur intéressant pour le seuil des 18 ans, une étude récente a montré au contraire que des individus classés au stade 3c pouvaient être mineurs³⁰.

53. L'article 388 du code civil autorise, à titre subsidiaire et sous conditions cumulatives, 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. 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.

²⁶ « Bone age for chronological age determination », *Recommendation from the ESPR musculoskeletal task force group*, 2018.

²⁷ P. Saint Martin, « Apport de l'imagerie par résonance magnétique dans la détermination de l'âge chez le sujet vivant », 2014, thèse, Université de Toulouse 3 Paul Sabatier.

²⁸ « Contribution du scanner de l'extrémité sternale de la clavicule dans l'estimation de l'âge du sujet vivant », T. Houpert, C. Rerolle, N. Telmon, P. Saint-Martin, *Revue de Médecine légale*, Volume 7, Issue 1, *February* 2016, pp. 22-27 ; Conseil d'Etat de Belgique, section du contentieux administratif, arrêt n° 246.340 du 09 décembre 2019.

²⁹ Rapport « [L'estimation de l'âge des MENA en question : problématique, analyse et recommandations](#) », 2017 : « Deux problèmes techniques sont également mentionnés par la littérature scientifique dans le cas de la radiographie de la clavicule : le risque de sur-projection et l'absence d'un consensus international sur la position et l'angle dans laquelle la radiographie doit être prise. En effet, si l'épiphyse de la clavicule n'est pas vue sur la radiographie, il est conclu que la personne est majeure. Tant que l'épiphyse est visible cela veut dire que la clavicule n'est pas encore arrivée à maturation et donc que la personne est probablement mineure. Or, en fonction de l'angle et la position de la personne lors de la radiographie, il est tout à fait possible de ne pas avoir radiographié l'endroit où se trouve l'épiphyse et donc de conclure de manière erronée à une maturation complète et à la majorité de la personne. »

³⁰ Pattamapaspong N, Madla C, Mekjaidee K, Namwongprom S. Age estimation of a Thai population based on maturation of the medial clavicular epiphysis using computed tomography. *Forensic Sci Int* 2015 ; 246:123.e1—5.

54. 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. À cet égard, la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux. »³¹ Le Conseil constitutionnel conclut qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées.

55. La circulaire du 19 avril 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant³² 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 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.

56. Tel que cela a été souligné par le Conseil constitutionnel³³ 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.

57. Afin d'être en mesure de donner son consentement de manière éclairée, la Défenseure des droits estime que 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.

58. La Cour de cassation, rappelant l'ensemble des garanties ci-dessus, a cassé l'arrêt d'une cour d'appel ayant rejeté l'exception d'incompétence et confirmé le jugement sur la culpabilité et sur la peine prononcée à l'encontre d'un mineur avec maintien en détention au visa des articles 6-1 de la CEDH, 1^{er} de l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante, 388 du code civil et 591 et 593 du code de procédure pénale. En effet, la Cour de cassation souligne en l'espèce que l'intéressé avait soulevé sa minorité dès le début de la procédure et avait produit un acte de naissance devant le tribunal correctionnel, acte dont résultait sa minorité, que l'examen médical ne pouvait dès lors être pratiqué et qu'enfin la cour d'appel ne constatait pas le consentement du mineur, n'indiquait pas la marge d'erreur de l'examen, et ne précise pas les éléments qui justifiaient d'écarter le doute existant sur l'âge du demandeur.³⁴

59. En l'espèce, il convient d'observer que selon les éléments transmis, concernant les premières expertises médicales d'âge osseux, l'authenticité du certificat de naissance n'avait pas été écartée au moment où l'expertise est ordonnée. En outre, le recueil du consentement,

³¹ Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019, considérants 9-10.

³² NOR : JUSF1711230C, fiche n° 10.

³³ Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019 ; Cour de cassation, crim., 11 décembre 2019 n° 18-84.938.

³⁴ Cour de cassation, crim., 11 décembre 2019, n° 18-84.938.

réalisé par un officier de police judiciaire dans le cadre d'une audition libre du mineur sans la présence d'un avocat, consistant à poser la question suivante « Acceptez-vous de vous soumettre à un examen radiologique d'âge osseux afin de prouver votre minorité ? » ne satisfait pas aux exigences précitées. Enfin, le rapport d'expertise se contentant d'indiquer « *selon la méthode de Greulich et Pyle pour la main et le test de Risser pour l'hémi-bassin, la maturation osseuse est terminée. On estime l'âge du patient à 19 ans avec une marge de +/- un an* », sans mention de l'atlas et planches de référence, de l'intervalle de confiance et des valeurs extrêmes observées, ne satisfait pas aux conditions de l'article 388 du code civil. Il sera à ce titre rappelé que de nombreuses études démontrent que l'âge réel de certains adolescents dont la radiographie correspond à la maturation osseuse adulte selon l'atlas de Greulich et Pyle (19 ans) descend jusqu'à 14 ans et demi³⁵.

60. Enfin, concernant les secondes expertises médicales d'âge osseux et l'impossibilité matérielle et financière du mineur non accompagné non pris en charge de s'y soumettre, si la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux (supra), par analogie l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant commande qu'il ne peut être déduit de cette impossibilité une majorité ou minorité.

61. Au regard des éléments qui précèdent, la Défenseure des droits, résolument opposée à l'utilisation de ces examens médicaux, inadaptés et inefficaces tels qu'ils sont actuellement pratiqués, estime que les conditions de l'article 388 du code civil n'étaient pas réunies en l'espèce, qu'ils ne peuvent suffire à emporter la conviction du juge et donc que le rapport d'expertise doit être écarté.

3. Sur le droit au procès équitable éclairé par l'intérêt supérieur de l'enfant

62. L'article 12 de la CIDE, dont l'applicabilité directe a été reconnue tant par la Cour de cassation³⁶ que par le Conseil d'Etat³⁷, impose à l'Etat de prévoir pour les mineurs, et notamment les mineurs non accompagnés, des procédures assorties de garanties.

63. Dans ses observations du 16 novembre 2017, le Comité des droits de l'enfant rappelle, au visa de l'article précité, que l'accès à la justice est un droit fondamental et qu'il est d'une importance capitale que tout enfant ait les moyens de faire valoir ses droits. Ce qui implique de la part des Etats « *des interventions structurelles et proactives pour assurer un accès équitable, effectif et rapide à la justice* ». Les procédures concernant les enfants doivent être adaptées, traitées en priorité et rapides, conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant et assorties des garanties d'une procédure régulière³⁸. Le Comité rappelle alors que les États devraient « *veiller à ce que leurs législation, politiques, mesures et pratiques prévoient des garanties*

³⁵ Pr. Patrick Chariot, « Quand les médecins se font juges : la détermination de l'âge des adolescents migrants », *Chimères* 2010/3 (N° 74), pages 103 à 111 : « *ainsi, en examinant les résultats individuels présentés, on constate que chez les garçons, l'âge réel de certains adolescents dont la radiographie correspond à la maturation osseuse adulte selon l'atlas de Greulich et Pyle (19 ans) descend jusqu'à 14 ans et demi* » ; « *Forensic use of the Greulich and Pyle atlas: prediction intervals and relevance* », Kathia Chaumoitre, Bérengère Saliba-Serre, P Adalian, Michel Signoli, Gastonea Leonetti, Michel Panuel, 2016, *European Radiology* : le plus jeune sujet observé planche 19 ans avait 16,99 ans ; Chaumoitre K, Saliba-Serre B, Adalian P, Signoli M, Leonetti G, Panuel M. « *Forensic use of the Greulich and Pyle atlas: prediction intervals and relevance* ». *Eur Radiol* 2017;27:1032-43 : montre qu'un garçon de 14 ans peut avoir une maturation adulte cliché étiqueté 19 ans dans l'atlas.

³⁶ Cour de cassation, 1^e civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613.

³⁷ Conseil d'Etat, 27 juin 2008, n° 291561.

³⁸ CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23.

procédurales adaptées aux besoins de l'enfant dans toutes les procédures administratives et judiciaires touchant les droits de l'enfant ou ceux de ses parents. Tous les enfants, y compris les enfants accompagnés par leurs parents ou tuteurs, devraient être traités comme des titulaires de droits à part entière ; leurs besoins particuliers devraient être pris en considération de manière égale et individuelle (...) ».

64. Le droit au procès équitable est également garanti et protégé au titre de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme³⁹. A ce titre, saisie d'une situation de justiciables particulièrement vulnérables, deux mineurs non accompagnés victimes de traite, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné la procédure à laquelle avaient été soumis les deux mineurs dans son ensemble afin de savoir si cette dernière avait été équitable, notamment concernant l'administration de la charge de la preuve, la possibilité ou non de rassembler des éléments de preuve. Elle a conclu, dans un arrêt de chambre, à la violation de l'article 6§1⁴⁰.

65. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans la décision du 21 mars 2019⁴¹, 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 par conséquent « 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 ». Le Conseil constitutionnel a rappelé également, concernant les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu et aux protections attachées à la qualité de mineur, l'interdiction des mesures d'éloignement et le droit de contester devant un juge l'évaluation réalisée par les conseils départementaux⁴².

66. Le principe du contradictoire est consacré aux articles 7, 14 et 16 du code de procédure civile. En effet, conformément à l'article 14 du code de procédure civile, « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ». L'article 16 quant à lui précise « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.* » La Cour de cassation a rappelé que ce principe s'applique en assistance éducative⁴³.

67. Ainsi, au titre des garanties dont doit bénéficier le mineur non accompagné saisissant le juge des enfants, se trouvent donc l'équité de la procédure qui doit être lue de manière particulière dans une procédure concernant un justiciable mineur et le respect du principe du contradictoire. Il sera rappelé que tant que la procédure de détermination de minorité est en cours, et donc tant qu'une décision de justice définitive n'est pas intervenue, la personne doit être considérée comme mineure (*supra*).

68. La Défenseure des droits souhaite appeler l'attention de la Cour sur la procédure à laquelle a été soumis X qui, après avoir été évalué conformément aux articles L223-2 et R 221-11 du CASF, a été entendu par la suite en audition libre dans le cadre d'une procédure pénale, sans la présence d'un avocat. Alors que X a accepté de se soumettre à la première expertise médicale d'âge osseux, dont les conditions du recueil de consentement ont été abordées *supra*, ce dernier était dans l'impossibilité de se rendre à A pour se soumettre aux secondes expertises ordonnées, étant hébergé par les services du 115 à C, sans ressources

³⁹ CEDH, 21 février 1975, Golder c. Royaume-Uni, § 35.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, 16 février 2021, arrêt de chambre V.C.L. et A.N. c. Royaume-Uni, n° 77587/12 et 74603/12.

⁴¹ Conseil constitutionnel, décision QPC n° 2018-768, 21 mars 2019.

⁴² Décision du Conseil constitutionnel n° 2019-797 QPC Unicef France et autres du 26 juillet 2019.

⁴³ Cour de cassation, 1^e civ., 28 mars 2018 n° 16-28.010.

et les services du 115 refusant de financer ce déplacement. Le conseil de X a alerté le juge des enfants de ses difficultés. Ce dernier n'a pas pris de mesures. La Défenseure des droits a pourtant connaissance, dans des situations similaires, de recours à une ordonnance de placement provisoire afin de permettre au mineur présumé d'accéder à l'expertise ordonnée.

69. Plus encore, X n'a pas pu débattre, de manière contradictoire, lors d'une seconde audience, des conséquences de l'impossibilité de se rendre aux expertises médicales d'âge osseux.

70. Par conséquent, la procédure à laquelle X a été soumis ne semble pas respecter les conditions du droit au procès équitable et du contradictoire alors même qu'il présentait un certificat de naissance dont l'authenticité et les données contenues par celui-ci n'avaient pas été écartées.

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

Claire HÉDON