

Paris, le 14 mars 2013

Décision du Défenseur des droits n°MDE-2013-55

Le Défenseur 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 européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

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;

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

Saisi par Maître A. agissant en qualité de conseil de Monsieur S. déclarant être né le 12 septembre 1997, de nationalité bangladaise, sur son placement au centre de rétention administrative, par décision de la préfecture, et sur son obligation de quitter le territoire sans délais ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

**Observations devant le tribunal administratif, présentées dans le cadre de l'article 33
de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

EXPOSE DES FAITS

Par courriel en date du 13 mars 2013, Maître A. saisi par la CIMADE, présente au centre de rétention administrative, a attiré l'attention du Défenseur des droits sur la présence dans ce centre de Monsieur S. déclarant être né le 12 septembre 1997 à Sylhet, de nationalité Bangladaise, mineur isolé sur le territoire français.

Des éléments transmis, il ressort des premières déclarations de qu'il serait arrivé en France le 8 janvier dernier, en possession d'un acte de naissance. Ce document établirait qu'il est né le 21/02/1997 au Bangladesh.

Après quelques jours d'errance, Monsieur S. aurait été accueilli au foyer départemental de l'enfance. Il y serait demeuré jusqu'à ce qu'il soit présenté par les travailleurs sociaux du foyer, à la gendarmerie, 12 mars 2013. En effet, suite au signalement effectué par le foyer, le parquet a ordonné que le jeune soit auditionné et qu'un âge osseux soit réalisé.

Entendu, il aurait déclaré avoir 15 ans et être en danger en cas de retour dans son pays d'origine suite à l'assassinat de son père. Il aurait mentionné que selon lui, menacé dans son pays d'origine par les assassins de son père, sa mère lui aurait fait fuir le Bangladesh pour le protéger. Il aurait déclaré qu'il voulait demeurer en France, et aurait fait part de son ignorance des procédures pour demander l'asile.

Il a présenté un acte de naissance, et a été emmené dans un centre d'imagerie médicale afin qu'une radiographie du poignet et du coude gauche soit réalisée. Le docteur C., au vue des résultats de ces radiographies, indique : « l'âge osseux est de 19 ans ».

A la suite de cet âge osseux, Monsieur S. s'est vu immédiatement remettre un arrêté portant obligation de quitter le territoire français sans délais de départ, ainsi qu'une décision ordonnant son maintien en rétention administrative. Il a été placé au centre de rétention administrative, le même jour.

OBSERVATIONS

La Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ratifiée par la France en 1990, stipule dans son article 3, 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* ».

Aux termes de son article 37-b, d'effet direct¹, la Convention prévoit par ailleurs que « *nul enfant ne peut être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible* ».

Il résulte de ces dispositions, comme le rappelait le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale N°6 du 1er septembre 2005, que « la jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est [donc] pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement, sauf indication contraire expresse de la Convention, 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 ». Les obligations juridiques qui en découlent, comprennent tant des obligations de faire, que des obligations de ne pas faire. L'Etat a, en effet, 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.

En outre, le Comité des droits de l'enfant sollicite que des mesures soient prises pour « remédier à tout préjugé défavorable à l'égard des enfants non accompagnés ou séparés dans la société ou toute stigmatisation de ces enfants. Les mesures policières et autres en rapport avec l'ordre public visant les enfants non accompagnés ou séparés ne sont permises que si elles sont prescrites par la loi, reposent sur une évaluation individuelle plutôt que collective, respectent le principe de proportionnalité et constituent l'option la moins intrusive. Afin de ne pas violer l'interdiction de toute discrimination, pareilles mesures ne sauraient donc en aucun cas être appliquées à un groupe ou à titre collectif. »²

1. Sur la demande de protection de Monsieur S. au titre de sa minorité

L'article L311-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile énonce « sous réserve des dispositions de l'article L. 121-1 ou des stipulations d'un accord international, tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour ».

A contrario, le mineur étranger n'est pas tenu de disposer d'un titre de séjour.

Monsieur S. a été accompagné par un travailleur social du foyer qui l'hébergeait, en toute confiance, à la gendarmerie, demandant la protection de l'Etat français au titre de sa minorité. Il présente un acte de naissance établi en bengali.

Sur réquisition du parquet, le jeune a été conduit dans un centre d'imagerie médicale afin qu'une radiographie du poignet et du coude gauche soit réalisée. Le docteur C., au vue des résultats de ces radiographies, indique : « l'âge osseux est de 19 ans ».

¹ CE 14 février 2001, Nezdulkins, n° 220271

² Observation générale N°6 du Comité des droits de l'enfant - CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005

➤ **Sur l'acte d'état civil :**

Monsieur S. s'est vu déclarer majeur, alors même qu'il était en possession de l'original d'un document d'état civil attestant de sa minorité.

Or 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. ». Ainsi, l'article 47 du code civil instaure une présomption de régularité formelle de l'acte d'état civil établi à l'étranger dans les formes usitées dans ce pays.

Par ailleurs, l'article 22-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, stipule que « lorsque, en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude d'un acte de l'état civil étranger, 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... ».

A cet égard, il incombe à l'administration de renverser cette présomption de validité en rapportant la preuve du caractère irrégulier, falsifié ou non conforme à la réalité de l'acte en question³. Dès lors cette 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.

➤ **Sur l'examen osseux :**

Si l'administration était en mesure d'établir l'irrégularité de ce document, alors y aurait-il lieu de s'interroger sur la pertinence, dans le cadre du présent litige, de l'examen osseux qui a été réalisé.

Or, le Conseil d'Etat⁴ a expressément jugé que « la seule circonstance qu'un examen osseux ait fait apparaître un écart entre l'âge de l'enfant évalué selon cette méthode, et celui résultant d'un acte de naissance, ne permet pas de conclure à l'existence d'une fraude... »,

Pour sa part, le juge judiciaire (Cour d'appel de Metz⁵) a précisé à cet égard « que la mise en œuvre d'une expertise portant sur l'estimation de l'âge sollicitée par le juge des enfants ne peut être mise sur le même plan que la procédure de vérification de l'authenticité d'acte d'état civil étranger, puisqu'elle ne permet d'obtenir qu'une estimation scientifique de l'âge osseux ou physiologique forcément approximative en raison du caractère imparfait et peu fiable des techniques de détermination d'âge. »

³ CE 23 juillet 2010, Moundele, n° 329971

⁴ CE 6 octobre 2010, Niombo, n° 332334

⁵ Cour d'appel de Metz, arrêt n°05/00115, du 26 septembre 2005

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.

En 2004, le Comité des droits de l'enfant auprès du Haut-commissariat aux droits de l'Homme des Nations Unies avait invité la France à recourir à d'autres méthodes de détermination d'âge pour les mineurs étrangers.

Par ailleurs, l'avis n° 88 du 23 juin 2005 du Comité consultatif national d'éthique sur les méthodes de détermination de l'âge conclut à « l'inadaptation des techniques médicales utilisées actuellement aux fins de fixation d'un âge chronologique » à des fins juridiques et souligne l'importance de les associer à d'autres techniques d'estimation telles que l'examen clinique du niveau pubertaire en milieu spécialisé et l'examen dentaire. Cet avis a été conforté par le rapport du 16 janvier 2007 de l'Académie Nationale de Médecine, lequel « confirme que la lecture de l'âge osseux par la méthode de Greulich et Pyle universellement utilisée (...) ne permet pas de distinction nette entre 16 et 18 ans ». L'Académie recommande en outre la double lecture des âges osseux par un spécialiste de radio ou endocrino-pédiatre.

A ce titre le Bureau Européen d'appui en matière d'asile⁶, reconnaissant l'insuffisance des techniques actuelles a institué un groupe de travail sur la question des examens d'âge chronologique qui devrait prochainement rendre ses recommandations de bonnes pratiques quant à l'évaluation de l'âge des jeunes étrangers.

A minima, le test osseux doit donc être accompagné d'un examen pubertaire et d'une radiographie dentaire. Le résultat croisé de ces examens doit conduire à estimer une fourchette d'âge probable avec une marge d'erreur de plus ou moins 18 mois.

Les seules radiographies osseuses, compte-tenu de leur fiabilité déficiente eu égard à d'importantes marges d'erreur, ne peuvent à elles seules servir de fondement à la détermination de l'âge d'un mineur. Les résultats de tels examens ne doivent constituer qu'un élément d'appréciation parmi d'autres à la disposition des autorités, le doute devant systématiquement profiter au jeune et emporter la présomption de sa minorité.

2. Sur la demande de protection de Monsieur S. au titre de l'asile

L'Article L. 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile énonce que « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 712-2, le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié mentionnées à l'article L. 711-1 et qui établit qu'elle est exposée dans son pays à l'une des menaces graves suivantes :*

⁶ Le Règlement (UE) no439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 instaure le Bureau européen d'appui en matière d'asile, dont la fonction est de renforcer la coopération pratique des pays de l'Union européenne (UE) en matière d'asile, de soutenir les pays de l'UE dont les régimes d'asile sont soumis à des pressions particulières et d'améliorer la mise en œuvre du régime d'asile européen commun.

- a) *La peine de mort ;*
- b) *La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ;*
- c) *S'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international ».*

Il est complété par l'article L. 713-2 qui précise : « *Les persécutions prises en compte dans l'octroi de la qualité de réfugié et les menaces graves pouvant donner lieu au bénéfice de la protection subsidiaire peuvent être le fait des autorités de l'Etat, de partis ou d'organisations qui contrôlent l'Etat ou une partie substantielle du territoire de l'Etat, ou d'acteurs non étatiques dans les cas où les autorités définies à l'alinéa suivant refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection. »*

S'il était établi dans les procès-verbaux d'audition à la gendarmerie que durant son audition par un officier de police judiciaire, Monsieur S. eût plusieurs fois mentionné l'existence d'un danger dans son pays d'origine en cas de retour, il y aurait lieu de s'interroger sur le fait qu'à aucun moment, il ne lui ait été présenté la possibilité de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou du bénéfice de la protection subsidiaire.

Or la situation actuelle au Bangladesh a récemment entraîné le retrait de ce pays de la liste des pays d'origine sûrs établie par le Conseil d'administration de l'OFPRA.

Comme l'a jugé avec un grand souci de réalisme la Cour administrative d'appel de Nancy⁷, il n'est pas nécessaire que la personne ait prononcé le mot « asile » pour en déduire sa demande de protection, et par conséquent admettre qu'il a sollicité son admission au séjour en tant que demandeur d'asile. Monsieur S. a bien indiqué au cours de son audition à la gendarmerie qu'il demandait à rester en France au regard du danger et des menaces qu'il aurait reçues dans son pays d'origine. Cette demande a été formulée avant que ne lui soit remis l'arrêté portant obligation de quitter le territoire et n'avait donc pas pour but d'y faire échec.

Accessoirement, la circonstance de sa minorité ne faisait pas échec au dépôt d'une demande d'asile, puisque la circulaire N°NOR : INT/D05/00051/C du 22 avril 2005 prévoit expressément la procédure qui doit être suivie par la Préfecture lorsqu'un mineur isolé indique vouloir faire une demande d'asile.

Enfin, le fait d'avoir fait conduire le jeune à la gendarmerie pour enquête, par un travailleur social du foyer dans lequel il se trouvait accueilli depuis plusieurs jours, sans que les conséquences des actes auxquels il s'est prêté de bonne grâce, ne lui soient clairement explicitées, pourrait être considéré comme déloyal (Civ. 2ème, 12 nov 1997, req. n° 96-50091).

Par ailleurs il y a lieu de rappeler que la Cour de Strasbourg estime qu'il y a violation de l'article 5 paragraphe 1 de la CEDH relatif aux droits à la liberté et à la sûreté lorsque « le comportement de l'administration qui cherche à donner confiance à des demandeurs d'asile en vue de les arrêter, puis de les expulser, n'est pas à l'abri de la critique au regard des principes généraux énoncés par la convention. Ainsi, « il n'est pas compatible avec l'article 5

⁷ CAA de Nancy, 30 septembre 2011, n°11NC00694

que dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté (CEDH, 5 février 2002, Conka c/ Belgique, n° 51564/99).

3. Sur l'accès au dispositif de protection de l'enfance

L'article L. 223-2 du code de l'action sociale et des familles dispose qu' « En cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la République. » Il précise ensuite que « Si, dans le cas prévu au deuxième alinéa du présent article, l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de cinq jours, le service saisit également l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du code civil ».

En outre l'article 375 du code civil dispose que « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. »

Le Défenseur constate que ce jeune a fait l'objet, avant toute évaluation socio-éducative et alors même que le jeune a été accueilli dans un foyer de l'enfance pendant plusieurs jours, d'un interrogatoire de police. Or un entretien avec les forces de police ou de gendarmerie peut se révéler particulièrement déstabilisant pour des jeunes gens ayant vécu des traumatismes dans leur pays d'origine, traumatismes parfois commis par les forces de sécurité.

Ainsi dans sa recommandation générale (n°MDE-2012-179) adoptée le 19 décembre 2012, le Défenseur des droits insiste sur la nécessité qu'une évaluation complète de la situation des mineurs étrangers isolés par les services socio-éducatifs puisse intervenir avant toute convocation, audition ou présentation systématique à la police de l'air et des frontières, en vue de vérification de leur identité et leur minorité, la pratique contraire laissant préjuger d'une fraude et faisant peser sur ces jeunes une suspicion préjudiciable à leurs démarches futures.

En cas de doute ou de contestation des évaluations préalables, que celles-ci portent sur l'âge présumé de l'intéressé ou sur la réalité de sa situation au regard de l'isolement et/ou du danger, il est d'autant plus important qu'il soit pris en charge au titre de la protection de l'enfance.

Le Défenseur des droits invite la formation de jugement à prendre connaissance de l'ensemble de ces observations.