

Paris, le 27 juin 2022,

Décision du Défenseur des droits n°2022-142

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 la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ;

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 l'observation générale n°12 sur le droit de l'enfant d'être entendu du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CRC/C/GC/12) (2009) ;

Vu l'observation générale n°14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale du Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies (CRC/C/GC/14) (2013) ;

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 ;

Saisie par Monsieur 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 Cour de cassation.

Claire HÉDON

Observations devant la Cour de cassation 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 du conseil départemental du C et a sollicité à ce titre une prise en charge à l'aide sociale à l'enfance. Le 09 juillet 2020, Monsieur X a bénéficié d'un accueil provisoire d'urgence. Une évaluation de minorité et d'isolement a été diligentée par les services de A géré par B, association habilitée par le conseil départemental du C. Le rapport du 20 juillet 2020 indique la présentation de l'original du certificat de naissance mais n'a pas conclu à la minorité de Monsieur X.
3. Le 20 juillet 2020, le président du conseil départemental du C a transmis le rapport d'évaluation au procureur de la République près le tribunal judiciaire de D.
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. Le 30 juillet 2020, le parquet ordonne 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 E 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, Monsieur X est entendu par les services de police en audition libre, sans l'assistance d'un avocat. Le coordonnateur de A est entendu également le même jour. Lors de cette audition, l'agent de police judiciaire a recueilli le consentement de Monsieur X de se soumettre à un examen radiologique d'âge osseux. Le même jour, le rendez-vous est pris auprès du centre hospitalier de D. La consultation des différents traitements automatisés ne révèle aucune identité connue.
6. Le 25 septembre 2020, le certificat de naissance de l'intéressé est transmis par le commissariat de police de D à la cellule fraude documentaire de la DIDPAF 31 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 6 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 6 novembre 2020, le procureur de la République a classé sans suite la procédure d'assistance éducative.
10. Monsieur X a saisi le 13 novembre 2020 le juge des enfants près le tribunal judiciaire de D. Une audience a été fixée au 16 février 2021.

11. Le 19 février 2021, le juge rend une ordonnance aux fins d'expertise médicale d'âge osseux, commettant l'unité médico-judiciaire du CHU de F, à E. Monsieur 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, Monsieur X est convoqué ultérieurement.

12. Faute de moyens financiers et d'accompagnement, Monsieur 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 D répond au conseil du mineur laisser le soin à Monsieur X de trouver une solution pour un nouveau déplacement.

14. Par courrier en date du 12 avril 2021, Monsieur 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 D-E et du refus de l'accompagner.

15. Le 29 avril 2021, le juge des enfants près le tribunal judiciaire de D 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 (...) Monsieur 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. Monsieur X a interjeté appel de ce jugement. La Défenseure des droits a présenté des observations devant la cour d'appel de E¹. Par un arrêt n°2021/226 du 13 décembre 2021, la chambre des mineurs de la cour d'appel de E a annulé le jugement n'ayant pas été précédé d'un débat contradictoire et a retenu la minorité de Monsieur X, constatant que le certificat de naissance produit par l'intéressé avait reçu un avis favorable de la police aux frontières, que son authenticité n'était donc pas remise en cause, rappelant que l'absence de légalisation ne rend pas en elle-même l'âge invraisemblable et que les conditions du recours à l'examen osseux n'étaient pas remplies.

17. Le conseil départemental du C a formé un pourvoi en cassation. Le moyen unique de cassation pris en sa première branche soutient que la cour d'appel aurait violé les articles 388 et 47 du code civil en refusant de prendre en considération les résultats de la première expertise médicale d'âge osseux et le refus de se rendre à la convocation du second examen au motif que ces expertises ne pouvaient être réalisées dès lors que l'intéressé avait produit un certificat de naissance, alors que cet acte ne comportait aucune donnée biométrique et ne constituait pas un document d'identité valable. Dans une seconde branche, le conseil départemental soutient que la cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard de l'article 16, II, de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 en considérant que le certificat de naissance établi au Bangladesh et présenté par l'intéressé constituait un document d'identité valable tout en relevant qu'il n'était pas légalisé.

18. Dans ce cadre, la Défenseure des droits souhaite présenter les observations suivantes.

¹ Défenseur des droits, décision n°2021-294

II. Observations

19. À titre liminaire, il convient de rappeler que la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989² précise dans son article 3, dont l'effet direct a été reconnu³, 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, y compris des enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants⁴, doit être une considération primordiale⁵.

20. Il convient de souligner que le processus de détermination de la minorité et de l'isolement s'entend, tel que le rappelle le Comité des droits de l'enfant⁶, 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 les voies de recours judiciaires. Ce processus de détermination de la minorité revêtant une importance capitale, il est impératif, selon le Comité, qu'il soit possible d'en contester les résultats au moyen d'une procédure de recours et que « tant que ces procédures sont en cours, l'intéressé doit se voir accorder le bénéfice du doute et être traité comme un enfant ».

21. Le Conseil constitutionnel a rappelé que l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, découlant des 10^e et 11^e alinéas du préambule de la Constitution de 1946, impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge et qu'il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures⁷. Il appartient à l'autorité judiciaire de donner plein effet à ces garanties.

22. Selon l'article 388 du code civil, le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans, le doute devant profiter à l'intéressé⁸. Seul le juge des enfants est compétent pour confier durablement un enfant à un service d'aide sociale à l'enfance lorsque celui-ci est en danger ou en risque de danger. Il appartient donc à l'autorité judiciaire⁹ de déterminer, en même temps que l'existence d'un danger ou d'un risque de danger et la mise en place d'une mesure d'assistance éducative, si la personne dont il est question est mineure¹⁰.

23. La protection de l'intérêt supérieur d'un enfant impose la sauvegarde et la protection des droits du mineur mais également du futur jeune majeur tout au long de la procédure de détermination de minorité. A ce titre, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant impose non seulement de préserver mais plus généralement de ne porter aucune atteinte, par un acte ou une omission, au droit à l'identité du mineur et aux droits du futur jeune majeur, notamment son droit d'accéder au séjour à 18 ans. Or, les droits d'accès au séjour d'un mineur sont

² Ratifiée par la France en 1990

³ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n°02-20613 ; Cour de cassation, ass. plén., 3 juin 2011, n°09-69052 ; Cour de cassation, 1^{ère} civ., n°260 du 20 mars 2019

⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°6 du 1^{er} septembre 2005 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6

⁵ 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)

⁶ Constatations du Comité des droits de l'enfant, 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.

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

⁸ Cour de cassation, 1^{er} civ., arrêt n°39 du 12 janvier 2022 (20-17.343)

⁹ Au titre des articles 375, 375-3 et 375-5 du code civil

¹⁰ Conseil d'Etat, arrêt du 1^{er} juillet 2015 n°386769

directement corrélés au processus de détermination de la minorité¹¹. La Défenseure des droits a eu l'occasion de souligner l'absence actuelle de recours effectif des mineurs non accompagnés dont la minorité est contestée par un département¹² dans le système français.

24. Ainsi, un contrôle strict de la Cour de cassation, tant sur la méthodologie et la procédure que doivent respecter les juridictions du fond dans la détermination de la minorité que sur la motivation des décisions, est primordial pour assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à l'identité du mineur à chaque étape, pour éviter que des personnes ne soient indûment considérées comme majeures, exclues de la protection et de l'accompagnement socioéducatif qui leur sont dus en tant que mineures et ne perdent leur chance d'accéder au séjour¹³.

25. Le Défenseur des droits a alerté à maintes reprises sur l'imprécision de la rédaction de l'article 388 du code civil et la notion de « documents d'identité valables » et appelé à une clarification de celle-ci¹⁴. La Défenseure des droits souhaite donc attirer l'attention de la Cour sur la nécessaire interprétation de cette notion à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à l'identité, garantis conventionnellement (1), rappelle qu'à tout le moins, des documents d'état civil et d'identité, même non légalisés, participent au faisceau d'indices de minorité (2) et enfin souhaite rappeler que les conditions cumulatives permettant de recourir à l'expertise médicale d'âge osseux n'étaient pas réunies en l'espèce (3).

1- La nécessaire interprétation de la notion de « documents d'identité valables » à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit à l'identité, garantis conventionnellement

26. L'intérêt supérieur de l'enfant est un droit de fond, un principe juridique interprétatif fondamental et une règle de procédure¹⁵. Lors de sa mise en œuvre, le juge doit combiner nécessairement ces trois approches¹⁶. A ce titre, le Comité des droits de l'enfant rappelle que tous les droits de la Convention sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'aucun droit ne saurait être compromis par une interprétation négative de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷.

27. Ainsi, si une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant, du groupe concerné

¹¹ Le mineur confié à l'aide sociale à l'enfance avant l'âge de ses 15 ans et justifiant de trois ans révolus de prise en charge peut souscrire une déclaration de nationalité en application de l'article 21-12 du code civil. Le mineur confié à l'aide sociale à l'enfance avant l'âge de 16 ans peut prétendre de plein droit à un titre de séjour vie privée et familiale, en vertu de l'ancien article L.313-11-2 bis du CESEDA (nouvel art. L 423-22). Le mineur confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de 16 et 18 ans peut solliciter, s'il justifie du suivi réel et sérieux d'une formation qualifiante depuis six mois, une carte de séjour temporaire mention salarié/travailleur temporaire, en vertu de l'ancien article L. 313-15 du CESEDA (nouvel art. L. 435-3).

¹² Défenseur des droits, Rapport, « Les mineurs non accompagnés au regard du droit », février 2022, voir notamment p. 35.

¹³ Défenseur des droits, décision n°2022-045

¹⁴ Défenseur des droits, avis n°17-03, décision n°2019-275 du 6 novembre 2019

¹⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1) ; 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) ; Conseil de l'Europe, Division des droits de l'enfant, Rapport, « Détermination de l'âge : politiques, procédures et pratiques des Etats membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration », 2017, p. 15.

¹⁶ Gouttenoire Adeline, « Les droits de l'enfant », Revue internationale de droit comparé. Vol. 66 n°2, 2014.

Etudes de droit contemporains. Contributions françaises au 19^e congrès international de droit comparé (Vienne, 20-26 juillet 2014), pp. 565-580

¹⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 précitée, p. 2.

d'enfants et/ou des enfants en général¹⁸. Les droits consacrés dans la CIDE et les protocoles facultatifs s'y rapportant constituent le cadre d'interprétation.

28. Le paragraphe 1 de l'article 3 de la CIDE, dont l'effet direct a été reconnu par la Cour de cassation, fixe un cadre comportant trois types différents d'obligations pour les Etats parties, dont l'obligation de veiller à ce qu'il ressorte de toutes les décisions judiciaires et administratives que l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale¹⁹. Le comité précise, concernant l'étendue de la notion de « décision » qu'il ne s'agit pas uniquement des décisions mais aussi de tous les actes, conduites, propositions, services, procédures et autres mesures. Ainsi, les tribunaux sont tenus de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en considération, dans toutes les situations et toutes les décisions, qu'elles portent sur la procédure ou sur le fond²⁰. En outre, l'expression « considération primordiale » signifie que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que toutes les autres considérations, les intérêts de l'enfant ayant un rang de priorité élevé²¹.

29. L'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants doit être évalué et déterminé au vu de la situation du groupe concerné, en respectant pleinement les droits énoncés dans la convention des droits de l'enfant²². Il s'agit d'une opération unique en ce qu'elle doit être effectuée dans chaque cas particulier au regard des circonstances propres à chaque enfant ou au groupe d'enfants concernés. Ces circonstances sont liées aux caractéristiques de l'enfant ou du groupe d'enfants concernés, notamment l'âge, le sexe, mais également la présence ou l'absence de parents²³, le contexte de migration, etc. Parmi les éléments dont il convient de tenir compte selon le Comité des droits de l'enfant figure la vulnérabilité de l'enfant, et notamment la vulnérabilité de l'enfant migrant ou demandeur d'asile²⁴. Cette particulière vulnérabilité des mineurs en situation de migration, qu'ils soient demandeurs d'asile ou non, fait l'objet d'un consensus international et européen²⁵.

30. Par conséquent, l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés, cumulant l'absence de protection de leur famille et leur situation de migration, ne sera pas le même que celui des enfants accompagnés de leurs parents et/ou présents dans leur état de nationalité dans une situation où ils doivent justifier de leur identité.

31. L'article 8 de la CIDE, dont l'applicabilité directe a été reconnue par la Cour de cassation²⁶, consacre le droit à l'identité de l'enfant et son droit de préserver celle-ci. Dans de nombreuses constatations à l'occasion de communications individuelles, le Comité des droits de l'enfant a éclairé les composantes de ce droit à l'identité et a rappelé, au visa de cet article, que la date de naissance constitue un élément fondamental de l'identité et est protégée à ce titre par l'article 8 en tant que composante du droit à l'identité²⁷. Il en conclut que les Etats parties sont tenus de respecter le droit de l'enfant de préserver son identité sans le priver d'aucun des éléments qui la constituent²⁸. En outre, après avoir examiné la

¹⁸ Comité des droits de l'enfant, observation générale n°14 précitée ; Gouttenoire Adeline, « Les droits de l'enfant », précité, p. 570.

¹⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 précitée

²⁰ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 précitée, pp. 4-5

²¹ *Ibidem*, p. 6 ; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu

²² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 précitée

²³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 précitée p. 7

²⁴ *Ibidem*, p. 9.

²⁵ Cour européenne des droits de l'homme, Rahimi c. Grèce, 5 avril 2011, §§ 87, 120 ; Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, 12 octobre 2006, § 53.

²⁶ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 6 janv. 2010, n°08-18871

²⁷ Voir notamment 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

²⁸ 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

procédure à laquelle avaient été soumis des mineurs non accompagnés et constatant que des actes d'état civil, dont notamment des actes de naissance, n'avaient pas été pris en compte par les autorités étatiques, le Comité a estimé que le droit à l'identité des mineurs n'avait pas été respecté²⁹ et a rappelé que la charge de la preuve de son identité ne reposait pas uniquement sur le mineur³⁰. Il a enfin rappelé que les documents qui sont disponibles doivent être considérés comme authentiques, sauf preuve du contraire, et que les déclarations des enfants et de leurs parents ou proches doivent être prises en considération³¹.

32. La Cour internationale de justice a admis que les constatations et observations générales des comités onusiens, indépendants et spécialement établis en vue de superviser l'application des traités, sont revêtues d'une autorité de la chose interprétée et doivent à ce titre se voir accorder une grande considération au nom « *de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international, [et de] la sécurité juridique qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les Etats tenus au respect des obligations conventionnelles* »³².

33. Le droit à l'identité d'un mineur est également protégé conventionnellement par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme³³.

34. En outre, 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 civil³⁴.

35. 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. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française.

36. En matière d'actes d'état civil dressés par une autorité étrangère, c'est à la loi étrangère de déterminer les formes dans lesquelles ils sont rédigés³⁵. La loi étrangère applicable est donc seule compétente pour déterminer la forme et le contenu des actes d'état civil³⁶, y compris le nombre et les catégories de mentions que contiennent ces derniers. Il incombe alors au juge français de rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie, 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 étranger³⁷. La Cour de

²⁹ Voir notamment CRC/C/81/D/22/2017 §13.10 ; CRC/C/81/D/16/2017 §12.10 ; CRC/C/82/D/27/2017 §9.10 ; CRC/C/83/D/24/2017 §10.10

³⁰ Voir notamment CRC/C/83/D/24/2017 §9.2 ; CRC/C/85/D26/2017 §9.2 ; CRC/C/85/D/28/2017 § 9.2 ; CRC/C/83/D/21/2017 §10.2

³¹ 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 (2017), CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23 ; §4

³² Cour internationale de justice, arrêt du 30 novembre 2010, République de Guinée c. République démocratique du Congo, affaire Ahmadou Saïo Diallo, § 66. Voir également BRIBOSIA, E., CACERES, G., et RORIVE, I., « Les signes religieux au coeur d'un bras de fer: la saga Singh (Com. D.H., Shingara Mann Singh c. France, 19 juillet 2013) », in Revue trimestrielle des droits de l'homme, Avril 2014, pp. 495-513.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ Mariel REVILLARD, Actes de l'état civil, Répertoire de droit international, septembre 2020, §§ 31-74

³⁶ 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

³⁷ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 00-15.734, Bull. 2005, I, n° 289 ; com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-14.686, Bull. 2005, IV, n° 138

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 dernier³⁸.

37. Les documents d'état civil et/ou d'identité demeurent, au sein du faisceau d'indices de minorité, l'élément principal à disposition du magistrat et le plus objectif³⁹. En effet, la détermination de l'âge se fait en principe sur la base des actes de l'état civil, et plus spécialement sur celle de l'acte de naissance⁴⁰. Des documents complémentaires d'identité et de voyage peuvent être délivrés mais demeurent non obligatoires.

38. Le Conseil de l'Europe a rappelé que les personnes n'ayant jamais été enregistrées après leur naissance ne sauraient être tenues responsables du défaut de production d'un certificat de naissance dans une procédure de détermination de leur âge⁴¹. Il en découle nécessairement que les enfants présentant des documents d'état civil et n'étant pas accompagnés auprès de leurs autorités consulaires pour obtenir d'autres documents⁴² par les institutions les prenant en charge, y compris au stade de l'accueil provisoire d'urgence, ne sauraient voir cette circonstance leur être reprochée, alors que la procédure de détermination de minorité peut constituer une mesure pour rétablir l'identité de l'enfant au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁴³.

39. Ainsi, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, du droit à l'identité et de la jurisprudence interprétative développée par le Comité des droits de l'enfant, la notion de « *documents d'identité valables* » mentionnée à l'article 388 du code civil doit donc être interprétée dans son acception large, en tant que tout document d'état civil et/ou d'identité présenté par le mineur, contenant les composantes de son identité et dont l'authenticité n'a pas été écartée. Ainsi, l'absence de données biométriques sur ledit document est inopérante si de telles données ne sont pas prévues par la loi étrangère applicable. Seule cette interprétation est à même de garantir l'intérêt supérieur et le droit à l'identité des mineurs en migration.

40. Cette interprétation est précisément celle de la loi du 14 mars 2016 telle que révélée par l'exposé sommaire de l'amendement gouvernemental adopté, ayant introduit cette rédaction de l'article 388 du code civil. « *L'objet de l'amendement est de limiter au maximum le recours aux examens radiologiques visant l'estimation de l'âge. Il s'agit de l'encadrer par des conditions strictes et de le réserver ainsi aux seules situations dans lesquelles l'âge avancé n'est pas vraisemblable et qu'il persiste un doute après vérification des documents d'état civil* »⁴⁴. Il en est de même de circulaire du 19 avril 2017 relative à la protection judiciaire de l'enfant⁴⁵. Celle-ci précise ainsi que le terme « valable » fait référence à l'authenticité du document, qu'il s'agit d'exclure les faux documents d'identité ou ceux dont l'authenticité est douteuse, que 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. Elle souligne que la jurisprudence a pu retenir par exemple au titre des documents d'identité valables un acte de naissance, un jugement supplétif.

³⁸ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 14 juin 2019, n° 18-24.747

³⁹ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 12 janv. 2022, n°20-17343.

⁴⁰ Gouttenoire Adeline, « Les droits de l'enfant », précité p. 568.

⁴¹ Conseil de l'Europe, Division des droits de l'enfant, Rapport, « Détermination de l'âge : politiques, procédures et pratiques des Etats membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration », 2017, p. 12

⁴² Convention de Vienne sur les relations consulaires, article 5. ; Conseil de l'Europe, Division des droits de l'enfant, Rapport, « Détermination de l'âge : politiques, procédures et pratiques des Etats membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration », 2017, §182

⁴³ Conseil de l'Europe, 2017, p. 15.

⁴⁴ Amendement n°201 (Rect) présenté par le gouvernement, 7 mai 2015, Protection de l'enfant n°2744, <https://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/2744/AN/201.asp>

⁴⁵ NOR : JUSF1711230C, fiche n°10

41. Une autre interprétation de l'article 388 du code civil rendrait illusoire l'objet initial de cet article visant à limiter strictement le recours aux expertises médicales d'âge osseux, méconnaîtrait l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à l'identité des mineurs en migration privés de la protection de leur famille, et ferait peser une charge de la preuve disproportionnée sur le mineur présumé, rendant la procédure inadaptée et inéquitable.

2- La nécessaire prise en compte, au sein du faisceau d'indices de minorité, des documents d'état civil et/ou d'identité présentés par le mineur, même non légalisés

42. Il existe 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 d'un 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.

43. La présomption de validité des actes d'état civil étrangers ne peut donc 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 rattachent⁴⁶.

44. La légalisation des actes d'état civil 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 revêtu⁴⁷. La légalisation n'a donc pas d'incidence sur le contenu de l'acte. 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 minorité⁴⁸. 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 2021⁴⁹, que 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. Par suite, le Conseil constitutionnel ayant déclaré contraires à la Constitution les premier et troisième alinéas du paragraphe II de l'article 16 de la loi n°2019-222 relatifs à la légalisation⁵⁰, le Conseil d'Etat a annulé le décret précité⁵¹.

45. Le Conseil d'Etat a précisé, dans un avis daté du 21 juin 2022, que « à la condition que l'acte d'état civil étranger soumis à l'obligation de légalisation et produit à titre de preuve devant l'autorité administrative ou devant le juge présente des garanties suffisantes d'authenticité, l'absence ou l'irrégularité de sa légalisation ne fait pas obstacle à ce que puissent être prises en considération les énonciations qu'il contient. »⁵²

⁴⁶ Cour d'appel d'Amiens, chambre spéciale des mineurs, 5 février 2015 n° 14/03740, 18

⁴⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, article 16.

⁴⁸ Cour de cassation, 1^{ère} civ., 3 avr. 2019, n° 18-15.192.

⁴⁹ Conseil d'Etat - juge des référés, 12 février 2021, n° 448294.

⁵⁰ Conseil constitutionnel, décision QPC n°2021-972 du 18 février 2022

⁵¹ Conseil d'Etat, arrêt du 7 avril 2022 n°448296, 448305, 454144, 455519.

⁵² Conseil d'Etat, 2ème - 7ème chambres réunies, 21/06/2022, 457494, publié au recueil Lebon

46. La Défenseure des droits a pu constater, dans le cadre de l'instruction des réclamations dont elle est saisie, que les services de l'aide sociale à l'enfance décident très rarement d'engager des démarches afin de reconstituer ou consolider les états civils des mineurs, qu'ils recueillent au titre de l'accueil provisoire d'urgence⁵³ ou qui leur sont confiés par l'autorité judiciaire. Il s'agit pourtant d'une obligation au titre de l'article 8-2 de la CIDE. Au contraire, la Défenseure des droits constate régulièrement que la question des documents d'état civil est traitée de façon expéditive au cours de l'entretien d'évaluation⁵⁴ et que peu de départements vérifient, lors de cet entretien, si le mineur présumé a des contacts avec sa famille et des documents d'état civil ou d'identité qu'il pourrait se faire parvenir. Peu de contacts sont initiés avec la famille des mineurs au stade de l'évaluation alors même que ces derniers révèlent l'existence de tels documents. Les mineurs aidés de leurs conseils se font parvenir par la suite des documents qui auraient pu être recueillis en amont ou entament des démarches pour procéder à la légalisation alors que celle-ci aurait pu être réalisée avec l'appui des services départementaux. Ce constat a également été réalisé par la Cour des comptes⁵⁵.

47. La Défenseure des droits fait également le constat que les autorités étrangères sont très rarement saisies aux fins de vérifier la véracité des informations contenues dans les actes présentés, alors même qu'elles reconnaissent leurs ressortissants dans le cadre de la protection consulaire.

48. Ainsi, la solution retenue tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat, à savoir la prise en compte des documents non légalisés présentés par le mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, lors d'une demande de protection et d'admission à l'aide sociale à l'enfance, est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à l'identité garantis conventionnellement (*supra*). Au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la solution contraire aurait des conséquences disproportionnées⁵⁶ pour les mineurs en migration privés de la protection de leur famille, un mineur sollicitant son admission à l'aide sociale à l'enfance n'étant pas dans la même situation qu'un mineur confié à l'aide sociale à l'enfance souscrivant une déclaration de nationalité française.

3- Sur les conditions strictes et cumulatives du recours aux expertises médicales d'âge osseux

49. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans la décision du 21 mars 2019⁵⁷, 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 ».

50. La Défenseure des droits, résolument opposée à l'utilisation de ces examens médicaux, qu'elle juge inadaptés, inefficaces et indignes⁵⁸ rappelle que ces garanties sont d'autant plus fondamentales concernant le recours aux expertises médicales d'âge osseux

⁵³ Article L.223-2 du CASF

⁵⁴ Défenseur des droits, décision n°2020-209 du 15 octobre 2020 ; décision n°2020-140 du 16 juillet 2020

⁵⁵ Cour des comptes – [Référé : « La prise en charge des mineurs non accompagnés »](#), 17 décembre 2020, extraits p.8 – « Cette situation révèle que leur état-civil n'est en réalité pas consolidé, ni lors de l'admission à l'ASE, ni pendant la prise en charge, cette lacune n'étant « découverte » qu'à la majorité lors des démarches en vue de l'obtention d'un titre de séjour ».

⁵⁶ Paul LAGARDE, « De la légalisation des actes d'état civil étrangers en matière de nationalité », Rev. crit. DIP 2009

⁵⁷ Conseil constitutionnel, décision QPC n°2018-768, 21 mars 2019

⁵⁸ Défenseur des droits, décision cadre n° MDE 2016-052 du 26 février 2016

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 »⁵⁹.

51. 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. »

52. 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. »⁶⁰ Le Conseil constitutionnel conclut qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées.

53. Afin que le mineur soit en mesure de donner son consentement de manière éclairée, son intérêt supérieur de l'enfant commande qu'il 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 osseux⁶¹.

54. Outre l'absence de documents d'identité valables (*supra*), l'article 388 du code civil pose en deuxième condition un âge allégué non vraisemblable. La Cour de cassation a rappelé⁶² qu'il incombe au juge de rechercher si l'âge allégué par l'intéressé n'est pas vraisemblable.

55. En l'espèce, Monsieur 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 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. En outre, il n'a pas été établi que les informations contenues dans le certificat de naissance étaient erronées et ne correspondaient pas à la réalité.

56. En présence de documents d'état civil ou d'identité dont l'authenticité n'a pas été écartée, le caractère invraisemblable de l'âge allégué ne peut être caractérisé. Ainsi que l'a relevé la cour d'appel en l'espèce, le certificat de naissance produit par l'intéressé avait reçu l'avis favorable de la police aux frontières et son authenticité n'était donc pas remise en cause, l'absence de légalisation ne rendait pas en elle-même l'âge invraisemblable. La cour d'appel a donc respecté les textes et garanties posées par le législateur en concluant que les

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Conseil constitutionnel, décision QPC n°2018-768, 21 mars 2019, considérants 9-10

⁶¹ Défenseur des droits, décision n°2021-244.

⁶² Cour de cassation, 1^e civ., arrêt n°744 du 15 octobre 2020 (20-14.993) ; voir également Cour de cassation, crim., 11 décembre 2019 n°2692

conditions du recours à l'examen osseux n'étaient donc pas remplies et que la minorité de l'intéressé était établie.

57. Telles sont les observations que je souhaite soumettre à l'appréciation de la Cour de cassation.

Claire HÉDON