



**HAL**  
open science

## L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle

Robin Medard Inghilterra, Antonin Gelblat

### ► To cite this version:

Robin Medard Inghilterra, Antonin Gelblat. L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle. *La Revue des droits de l'Homme*, 2019, 16, 10.4000/revdh.6496. hal-03322557

**HAL Id: hal-03322557**

**<https://hal.science/hal-03322557v1>**

Submitted on 13 Sep 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

---

## L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle

Antonin Gelblat et Robin Medard Inghilterra

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6496>

DOI : [10.4000/revdh.6496](https://doi.org/10.4000/revdh.6496)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Antonin Gelblat et Robin Medard Inghilterra, « L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 16 | 2019, mis en ligne le 09 juillet 2019, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6496> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.6496>

---

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

---

# L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle

Antonin Gelblat et Robin Medard Inghilterra

---

Si Pierre Bourdieu enseignait que « l'âge est une donnée biologique socialement manipulable et manipulée »<sup>1</sup>, il semble que le Conseil constitutionnel n'ait pas vu, ou voulu voir, que l'âge était également « juridiquement manipulable et manipulé ».

- <sup>1</sup> A priori, il faut se réjouir de ce que, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 388 du Code civil qui « encadre » le recours aux tests osseux aux fins de détermination de l'âge des mineurs non accompagnés, le Conseil constitutionnel consacre la valeur constitutionnelle d'une exigence d'intérêt supérieur de l'enfant qui découlerait d'une lecture combinée des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946<sup>2</sup>. A priori, il faut également se réjouir de ce que, saisi quelques jours plus tard d'un référé-suspension à l'encontre du décret relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel, le Conseil d'État reprenne cette exigence à son compte<sup>3</sup>. A priori, on peut être tenté d'y déceler l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et du volontarisme dont elle a fait preuve pour que les mineurs étrangers soient reconnus comme étant avant tout des enfants dont l'intérêt supérieur doit primer. À y regarder de plus près, il semble toutefois que les principes constitutionnels et conventionnels relatifs à l'intérêt supérieur de l'enfant ne revêtent pas la même portée.
- <sup>2</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a fait preuve d'activisme pour conférer une portée contraignante à l'article 3 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant et considère aujourd'hui qu'il existe « un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants,

leur intérêt supérieur doit primer »<sup>4</sup>. Elle a eu l'occasion d'appliquer ce principe à la situation des mineurs étrangers qui relèvent selon elle de la « catégorie des personnes les plus vulnérables de la société »<sup>5</sup> ce qui implique « de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »<sup>6</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant peut ainsi faire obstacle à son expulsion pour des actes de délinquance<sup>7</sup>, à l'expulsion programmée de ses parents<sup>8</sup>, à sa rétention dans un centre dépourvu d'un dispositif d'accueil spécifique<sup>9</sup>, etc. Dans tous ces domaines, la Cour confère une portée concrète au principe conventionnel et apprécie casuistiquement la manière dont l'État et ses services le prennent en compte. Les décisions *H.A. c Grèce* et *Khan c. France* l'ont encore récemment illustré. Dans cette seconde affaire, par laquelle elle condamne la France, la Cour balaye l'argumentaire du gouvernement et précise finalement ne pas être « convaincue que les autorités ont fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour répondre à l'obligation de prise en charge et de protection qui pesait sur l'État défendeur »<sup>10</sup>. D'ailleurs, la Cour aura bientôt à se prononcer sur la procédure qui encadre le recours aux tests osseux en Italie<sup>11</sup>.

- 3 A contrario, les juridictions françaises semblent s'en tenir à une conception abstraite de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Conseil constitutionnel en déduit certes que le mineur étranger a droit à la protection légale attachée à son âge et qu'en conséquence, les règles prévoyant la détermination de celui-ci doivent être entourées de garanties afin que le mineur ne soit pas indûment considéré comme majeur. Cependant, pour entériner la constitutionnalité du recours au test osseux au regard de cette exigence, le Conseil constitutionnel se contente de vérifier que le législateur a bien mis en place des garanties sans jamais tenir compte de la manière dont ces dernières sont effectivement mises en œuvre<sup>12</sup>.
- 4 Peu importe les refus récurrents d'accorder une présomption d'authenticité aux documents établis à l'étranger<sup>13</sup> et l'avènement d'une présomption de fraude<sup>14</sup>. Le législateur a indiqué que le recours au test osseux ne peut avoir lieu que dans les seuls cas où « la personne en cause n'a pas de documents d'identité valables » et seulement « si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable »<sup>15</sup>.
- 5 Peu importe ensuite que le recours à ce test comporte une marge d'erreur considérable lorsqu'utilisé afin de déterminer l'âge d'un adolescent<sup>16</sup>. Le législateur l'a jugé fiable.
- 6 Peu importe aussi que le juge des enfants ait en première instance inféré du refus de se soumettre à un test osseux la preuve de la majorité du requérant<sup>17</sup> et que celui-ci y ait finalement « consenti » sous la contrainte. Le législateur a prévu que le consentement « éclairé » de la personne intéressée doit être recueilli et que « la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux ».
- 7 Peu importe encore que les acteurs associatifs et institutionnels de défense des droits et libertés alertent régulièrement sur la violation systémique des garanties légales censées encadrer la procédure de détermination de l'âge<sup>18</sup>, en dénonçant ces tests anachroniques, « inadaptés, inefficaces et indignes »<sup>19</sup>.
- 8 Peu importe toujours que le Comité européen des droits sociaux ait considéré l'an dernier que le recours aux tests osseux en France constituait une violation de l'article 17§1 de la Charte sociale européenne<sup>20</sup>, notamment en raison de l'ineffectivité des garanties légales.

- 9 Peu importe finalement au Conseil puisque selon lui « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'un abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité »<sup>21</sup>. La question prioritaire de constitutionnalité est un examen in abstracto de la constitutionnalité d'une loi avant d'être une procédure de protection des droits et libertés individuels. « Couvrez ces défaillances systémiques que je ne saurais voir » : c'est donc en substance l'écho qui émerge rue de Montpensier. La loi doit, selon les termes mêmes du Conseil, prémunir contre « une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire »<sup>22</sup>. On peut certes voir dans la décision du Conseil un rappel à la loi destiné aux autorités administratives et judiciaires et même une réserve d'interprétation implicite<sup>23</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'en ne se penchant pas plus avant sur les conditions concrètes d'application de la loi, le Conseil constitutionnel se prive justement des moyens d'appréhender ce risque d'arbitraire.
- 10 Qu'il s'agisse du maintien des dispositions législatives permettant le recours aux tests osseux<sup>24</sup> ou des dispositions réglementaires relatives à la mise en place du dispositif AEM (appui à l'évaluation de la minorité) permettant le fichage des mineurs non accompagnés, force est de constater que l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant n'a jusque-là pas joué en faveur des mineurs étrangers. Toutefois, le Conseil d'État a transmis, le 15 mai dernier, une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L611-6-1 du CESEDA qui prévoit le relevé des empreintes digitales ainsi que la numérisation du visage des mineurs<sup>25</sup>. Le Conseil constitutionnel dispose ainsi d'une nouvelle occasion d'étouffer l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de renforcer son contrôle en matière d'incompétence négative du législateur<sup>26</sup> car « le silence du législateur est encore plus coupable lorsqu'il s'agit des enfants »<sup>27</sup>. Faute de quoi, il est à craindre que la consécration d'une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'apparente qu'à un os à ronger, consenti par les « sages » au « camp de la défense des libertés fondamentales »<sup>28</sup>.

---

## NOTES

1. Bourdieu, P., *Questions de sociologie*, Paris, Éditions de Minuit, 1984, Éd. 1992, p. 145. Plus prosaïquement : « On a l'âge qu'on a. Il y a des gens jeunes qui sont déjà vieux. Il y a des gens plus âgés qui sont encore jeunes. Ça ne veut rien dire », Johnny Halliday (entretien télévisé, France 3, 1990).

2. CC, Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, M. Adama S. Le Conseil avait déjà fait référence au « respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ». Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

3. CE, ord., 3 avril 2019, n° 428477.

4. Cour EDH, 6 juil. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 41615/07, § 135 ; Cour EDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, 8687/08, § 108 ; Cour EDH, 19 janv. 2012, *Popov c. France*, 39472/07, § 140.

5. Cour EDH, 28 février 2019, *H.A. et autres c. Grèce*, req. n° 19951/16.

6. Cour EDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, req. n° 12267/16, §74.
7. Cour EDH, 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n° 1638/03.
8. Cour EDH, 31 janvier 2006, *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, req. n° 50435/99.
9. La France a ainsi été condamnée sur ce fondement après que la Cour eut procédé à un examen minutieux des conditions matérielles concrètes dans lesquels des mineurs étrangers « accompagnant » leurs parents étaient « accueillis » en centre de rétention. Voir les décisions Cour EDH, 5<sup>ème</sup> section, 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. n° 11593/12 et *R.K. et autres c. France*, req. n° 68264/14, ou encore Cour EDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Haniki Mitunga c. Belgique*, req. n° 13178/03).
10. Cour EDH, « L'absence de prise en charge d'un mineur isolé étranger de 12 ans dans le bidonville de la lande de Calais a violé la Convention », Communiqué de presse du greffier de la Cour, 28 fév. 2019, Cour EDH 076 (2019).
11. Requête no 5797/17 Ousainou DARBOE et Moussa CAMARA contre l'Italie introduite le 18 janvier 2017.
12. V. De Corson, P., « Examens radiologiques osseux : quand le Conseil constitutionnel fait rimer absence de fiabilité avec conformité », *RevDH, Lettres ADL*, 21 juin 2019.
13. Sur ce point, l'article 47 du Code civil dispose : « 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 ». Pour illustrations, voir Défenseur des droits, Décision n° 2018-125 du 6 avril 2018 et Décision n° 2017-329 du 20 novembre 2017.
14. En ce sens, voir Comité européen des droits sociaux, *EUROCEF c. France*, 15 juin 2018, n° 114/2015, §107.
15. Là encore, pour un exemple de violation manifeste de ces garanties légales, voir Défenseur des droits, Décision n° 2018-125 du 6 avril 2018 : « le rapport d'expertise documentaire ne laissant pas le moindre doute quant à l'authenticité des documents présentés, auquel s'ajoute le rapport d'évaluation sociale qui lui aussi confirme la minorité du jeune, les conditions légales fixées par l'article 388 du code civil n'étaient, en réalité, pas réunies pour permettre d'ordonner un examen radiologique osseux aux fins de détermination de l'âge ». Voir encore Décision n° 2018-264 du 29 octobre 2018.
16. L'Atlas de Greulich & Pyle, qui sert de référentiel aux radiographies des poignets et mains gauches des mineurs, fut élaboré afin de détecter des troubles de croissance chez des sujets étatsuniens de classe moyenne à partir de clichés pris entre 1935 et 1941. À l'imprécision inévitable de l'outil s'ajoute donc son anachronisme.
17. Voir encore Défenseur des droits, Décision n° 2017-329 du 20 novembre 2017 : « En l'espèce, le juge des enfants a ordonné la mainlevée du placement au motif que « l'on ne peut l'y contraindre mais qu'il convient de tirer toutes les conséquences de ce refus ». Le jugement considère que ce refus contribue à conclure à la majorité de l'intéressé ». À noter que l'article 11 du Code de procédure civile dispose : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».
18. À titre illustratif, tel est le cas : des refus de prise en charge de certains mineurs par l'aide sociale à l'enfance car, âgés de 17 ans, ces derniers sont considérés comme « trop proche de la majorité » (Défenseur des droits, 29 août 2014, Décision n° MDE-2014-127), des refus de mise à l'abri entre le moment où le jeune se déclarant mineur sollicite l'ASE et le moment où sa minorité est admise par l'ASE, des absences d'évaluation socio-éducative remplacée par un interrogatoire en commissariat et un test osseux avant placement en CRA (en ce sens, Défenseur des droits, Décision MDE-MSP 2016-02), etc. Il est également possible de souligner la pratique répétée des tests sur demande des services départementaux (en ce sens, voir Comité européen des droits sociaux, *EUROCEF c. France*, *op. cit.*, §111). Encore, comme le résume le Défenseur des droits : « Le défenseur des droits a ainsi pu constater que de nombreux mineurs isolés étrangers se voient déclarés majeurs, alors même qu'ils sont en possession de documents d'état civil attestant de leur

minorité. D'autres sont écartés du dispositif de protection de l'enfance après avoir subi des examens d'âge osseux, sans que n'aient été pris en compte, au préalable, les documents d'état civil produits ou sans que leur validité n'ait été contestée. A plusieurs reprises, le Défenseur des droits a été informé de situations dans lesquelles les magistrats fixaient la date de naissance du jeune en fonction de l'examen médical effectué, et ce même en présence d'un acte civil authentique » (Défenseur des droits, Décision MDE-MSP 2016-02). Voir encore Défenseur des droits, Avis n° 17-03 du 7 février 2017 sur la prise en charge des mineurs isolés étrangers, not. pp. 1-5 et Décision n° MDE-2014-127.

19. Défenseur des droits, Décision n° MDE 2016-243, 20 septembre 2016. Sur leur dimension anachronique, voir notamment la plaidoirie de maître Zribi. Vidéo de la séance accessible en ligne. Voir encore Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2195 (2017).

20. Garantissant la protection sociale et économique de l'enfant. Voir sur ce point Comité européen des droits sociaux, *EUROCEF c. France*, 15 juin 2018, *op. cit.* Sur cette affaire, voir notamment les observations du Défenseur des droits retranscrites dans sa Décision MDE-MSP 2016-02, 26 février 2016. Le Comité conclut à la violation de la Charte après avoir emprunté le même cheminement que le Conseil constitutionnel, rappelant l'existence des garanties légales précitées (§102 à 105).

21. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Voir sur ce point : Parinet, P., « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les mineurs non accompagnés ! », *loc. cit.*

22. Déc. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, cons. 9, Rec. p. 49.

23. Le Conseil constitutionnel indique ainsi qu'il leur appartient de « donner leur plein effet » à ces garanties législatives. Voir sur ce point, Parinet, P., « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les mineurs non accompagnés ! », *D.*, 2019, p. 742.

24. Voir encore Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France*, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, not. §73 et 74 : « Le Comité est préoccupé par la situation des enfants migrants non accompagnés qui ne peuvent bénéficier ni d'une protection spéciale ni de mesures d'assistance dans l'État partie. Il note avec préoccupation que l'État partie ne prend pas suffisamment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe directeur dans tous les processus initiaux d'évaluation et dans les décisions ultérieures. [...] Le Comité est aussi préoccupé par : [...] La dépendance excessive vis-à-vis des tests osseux pour déterminer l'âge des enfants et les cas dans lesquels le consentement de l'enfant n'a, dans la pratique, pas été demandé. Le Comité recommande à l'État partie [...] De mettre un terme à l'utilisation des tests osseux ». Précédemment, voir Comité des droits de l'enfant, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 44 de la Convention. Observations finales sur la France*, 22 juin 2009, CRC/C/FRA/CO/4, § 87 et 88 : « Le Comité note également avec préoccupation que, malgré l'avis négatif du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, l'État partie continue de recourir à l'examen osseux pour déterminer l'âge des enfants. Le Comité renouvelle sa recommandation précédente et demande instamment à l'État partie d'introduire des méthodes récentes de détermination de l'âge qui se sont avérées plus précises que les examens osseux actuellement utilisés ».

25. CE, 1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies, 15 mai 2019, n° 428478, Inédit.

26. Pour rappel : « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (CC, Décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, Ordre des avocats du Barreau de Bastia).

27. Vidéo de la séance accessible en ligne (à partir de 22 min 50).

28. Ouvrant sa plaidoirie, Patrice Spinosi avait apostrophé les sages : « Nous sommes face à une croisée des chemins, comme souvent. Il y a deux camps. Le camp des progressistes, le camp de ceux qui veulent que les choses avancent vers plus de liberté, plus de respect des droits. C'est

notre camp. Le camp des conservateurs, le camp de ceux qui veulent que les choses restent en l'état. C'est le camp aujourd'hui du gouvernement et c'est le camp qui est défendu par l'État [...]. Votre choix c'est de faire valoir soit l'un soit l'autre ». Précédemment : « Vous avez deux camps. Le camp que nous représentons, nous associations, nous le requérant, qui est le camp de la défense des libertés fondamentales ». Vidéo de la séance accessible en ligne (à partir de 16 min 56).

---

## AUTEURS

### **ANTONIN GELBLAT**

Docteur en droit public de l'Université Paris-Nanterre

### **ROBIN MEDARD INGHILTERRA**

Doctorant en droit public au Credof et ATER à l'Université Paris-Nanterre