

Mémoire de Master II en droit international et européen
des droits fondamentaux

**La protection du mineur non accompagné et
l'État français**

Barthélémy PAVY

Sous la direction de M. le Professeur Thibaut FLEURY-GRAFF
Université Paris-Saclay

Soutenance le 18 septembre 2020

SOMMAIRE

Première Partie. Le respect des droits fondamentaux lors de la détermination du mineur non accompagné par l'État français

Seconde Partie. Le respect des droits fondamentaux lors de la prise en charge du mineur non accompagné par l'État français

LISTE DES ABREVIATIONS

ADA : Aide aux Demandeurs d'Asile
ADF : Assemblée des Départements de France
AEM : Appui à l'Évaluation de la Minorité
AGDREF : Application de Gestion des Dossiers des Ressortissants Étrangers en France
AGNU : Assemblée Générale des Nations Unies
AME : Aide Médicale d'État
ANAFÉ : Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers
ASE : Aide Sociale à l'Enfance
CA : Cour d'Appel
CAOMI : Centres d'Accueil et d'Orientation pour Mineurs Isolés
CASF : Code aux Affaires Familiales
Cass. : Cassation
CCNE : Comité Consultatif National d'Éthique
CDE : Convention des Droits de l'Enfant
CDFUE : Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEDS : Comité Européen des Droits Sociaux
CESEDA : Code de l'Entrée et du Séjour des Étrangers et du Droit d'Asile
CICR : Comité Internationale de la Croix-Rouge
Civ. : Civile
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
CMU : Couverture Maladie Universelle
CNCDDH : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
Convention EDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme
Crim. : Criminelle
DAES : Département des Affaires Économiques et Sociales
DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DUDH : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
ECRE : European Council on Refugees and Exiles
FRONTEX : Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes
GUDA : Guichet Unique pour Demandeur d'Asile
HCNUR : Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés
IGA : Inspection Générale de l'Administration
IGAS : Inspection Générale des Affaires Sociales
IGJ : Inspection Générale de la Justice
IGSJ : Inspection Générale des Services Judiciaires
Leb. : Lebon
MAPTAM : Modernisation de l'Action Publique Territoriale et d'Affirmation des Métropoles
MIE : Mineur Isolé Étranger
MMNA : Mission Mineur Non Accompagné
MNA : Mineur Non Accompagné
OFII : Office Français de l'Immigration et de l'Intégration
OFPRA : Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides
OIM : Organisation Internationale pour les Migrations
Ord. Ref. : Ordonnance de Référé
PAF : Police Aux Frontières
PESE : programme en faveur des enfants séparés en Europe
PIDCP : Pacte International des Droits Civils et Politiques
PIDESC : Pacte International des Droits Économiques, Sociaux et Culturels
PJJ : Protection Judiciaire de la Jeunesse
QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité

RAEC : Régime d'Asile Européen Commun
Rec. : Recueil
SIS : Système d'Information Schengen
SPADA : Structure du Premier Accueil des Demandeurs d'Asile
TA : Tribunal Administratif
TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TGI : Tribunal de Grande Instance
UNICEF : Fonds des Nations Unies pour l'Enfance

INTRODUCTION

Le 28 février 2019, un article du journal *Le Monde* titrait « Mineur isolé étranger : la France condamnée par la CEDH pour « traitement dégradant » ». Les premières phrases de cet article ont dévoilé que « la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France dans un arrêt du 28 février pour avoir infligé un « traitement dégradant » à un mineur isolé afghan lorsqu'il était en France, entre 2015 et 2016 », que « cet enfant âgé de onze ans à l'époque, n'avait pas été pris en charge par les autorités » et « [qu'] il avait vécu environ six mois dans le bidonville de Calais, avant de rejoindre l'Angleterre, où il est désormais installé »¹. Il est ainsi compris qu'un lien existe entre un « mineur isolé étranger », sa prise en charge par les autorités de l'État français et le prononcé d'une condamnation de cet État par la CEDH.

Un mois plus tard, le Défenseur des droits a rendu la décision n°2019-058 après avoir été saisi de la situation d'un jeune MNA décédé sous la fenêtre du foyer l'hébergeant au titre de l'hébergement d'urgence. Le jeune était encore dans la phase d'évaluation de sa minorité par les autorités françaises. Si le Défenseur de droits reconnaît les difficultés rencontrées par le département en charge de ce mineur, le manque d'encadrement et les conditions d'accueil des MNA sont dénoncées. Au regard de ce fait tragique, il est déduit l'existence d'une relation entre l'accueil des MNA, l'évaluation de leur minorité et le département français.

« Mineur isolé étranger » est une des multiples appellations dénommant la personne étudiée au travers de ce travail. Cette personne a également été nommée plus récemment « MNA » ou « mineur étranger non accompagné », expression issue de l'appellation britannique « unaccompanied foreign minor ». Elle est encore désignée par les termes « enfant non accompagné », « enfant isolé étranger », comme il est possible de rencontrer ceux d'« enfant séparé » ou de « mineur séparé ». Le choix d'utiliser l'expression « MNA » participe à une volonté de s'aligner sur un relatif consensus européen. La difficulté à s'entendre sur une expression consensuelle pour désigner la personne étudiée mène à une question simple : Qui est le MNA ? La réponse à cette question n'est pas aisée et constitue l'un des objectifs de ce travail. Avant toute chose, le MNA est une personne humaine. Dans une conception classique, la personne humaine ne constitue pas un véritable sujet actif du droit international public qui régit principalement les rapports inter-étatiques. L'irruption d'une nouvelle branche de droit dénommée le droit international des droits de l'homme a bouleversé la place de l'individu dans l'ordre juridique international. Remettant en cause le dualisme entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique national, le droit international des droits de l'homme est venu reconnaître l'universalité de droits inhérents à la personne humaine. Les droits de l'homme se définissent, selon Frédéric Sudre, comme les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles². Les droits de l'homme bénéficient de garanties institutionnelles, ceux si sont protégés dans l'ordre juridique international par un régime de protection internationale et européenne des droits de l'homme. Le terme « protection » se définit selon Gérard Cornu comme « la précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc..., par des moyens juridiques ou matériels ; désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif ...) »³. Il est ainsi entendu que la protection internationale et européenne des droits de l'homme vise un régime juridique ayant pour but de prémunir l'être humain des risques de violation de ses droits fondamentaux et à lui en garantir la pleine jouissance.

Il est possible de parler de protection internationale des droits de l'homme à partir de la création de la Cour permanente de justice internationale en 1922 à La Haye. Cette Cour se saisissant de la question du droit des minorités a fait naître les prémices d'une protection internationale des droits de l'homme fondée sur une logique de répression. Le véritable basculement intervient à la suite de la Seconde guerre mondiale avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, le 26 juin 1945 dans le but de « réaliser

¹ J., PASCUAL, « Mineur isolé étranger : la France condamnée par la CEDH pour « traitement dégradant » », *Le Monde*, Paris, Société éditrice du Monde, 28 février 2019.

² F. SUDRE, « Droits de l'homme », in M. Carreau (dir.), *Répertoire de droit international* [en ligne], Paris, Dalloz.

³ G. (dir), CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} édition, Quadrige, PUF, , 2014, p. 821.

la coopération internationale »⁴ notamment « en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion »⁵. La mention du principe de non-discrimination est révolutionnaire. Puis, l'adoption de la DUDH par l'AGNU, le 10 décembre 1948, a véritablement « fortifié le mouvement international pour les droits de l'homme »⁶. À la lecture de la proclamation de l'AGNU dans le préambule de la DUDH, la Déclaration se prétend « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations » dans lequel des droits fondamentaux dont tout être humain doit jouir sont énumérés. L'affirmation du droit international des droits de l'homme implique une remise en cause du principe fondamental tenant au droit absolu de l'État de déterminer le sort des personnes sur son territoire. A la suite de cette proclamation de l'universalité des droits, le droit international des droits de l'homme s'est doté d'instruments internationaux de protection des droits fondamentaux qui par l'engagement des États revêt un caractère contraignant. La dimension contraignante du droit international des droits de l'homme apparaît avec l'adoption du PIDCP et du PIDESC en 1966. Depuis 1945, la protection internationale des droits de l'homme s'articule dans une vision universaliste autour de la signature de traités protégeant les droits fondamentaux et surtout de leur ratification par les États signataires de ceux-ci. Par la ratification d'un traité, un État signataire confirme son engagement à respecter les normes internationales incluses dans le texte. Les examens des comités spécifiques sont la garantie juridictionnelle du respect des traités signés entre les États. En l'absence de traité international visant spécifiquement le MNA, il bénéficie de la protection internationale de ses droits fondamentaux en tant que personne humaine. Ce travail s'intéressant au MNA arrivant sur le territoire de l'État français, il convient de s'intéresser à la protection européenne des droits de l'homme. L'Europe occidentale peut être considérée comme un laboratoire d'expérimentation s'agissant de la protection des droits fondamentaux⁷. L'affirmation des droits de l'homme dans la région européenne a visé à obtenir un consensus plus rapide mais plus restreint autour de la question des droits de l'homme. La naissance du Conseil de l'Europe a concouru à ce que les droits de l'homme soient garantis dans les États membres composant cette organisation internationale. Après la rédaction rapide de la Convention EDH, l'émergence d'une protection européenne des droits de l'homme s'est accompagnée de l'établissement d'un contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux assuré par la CEDH. En outre, l'État français étant un État membre de l'Union européenne, le droit primaire et dérivé de l'Union européenne encadre son action législative dans le respect de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. L'adoption de la CDFUE en 2000 permet une protection des droits fondamentaux supplémentaire et complémentaire à celle conférée par la Convention EDH. Son intégration au droit primaire de l'Union européenne par l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009 contraint le législateur européen et le législateur français à respecter les droits fondamentaux contenus dans la charte sous le contrôle de la CJUE. L'État français en tant qu'État membre au Conseil de l'Europe et de l'Union européenne se doit de respecter les instruments de protection européenne des droits fondamentaux. En tant que personne humaine, le MNA relève de la protection internationale et européenne des droits fondamentaux.

Il ressort des différentes appellations utilisées pour désigner le MNA la présence des termes « mineur » et « enfant », ceux de « isolé », « non accompagné », « séparé » et celui « [d'] étranger ». Tout d'abord, le MNA fait partie de la catégorie juridique du mineur ou de l'enfant. Cette appartenance lui vaut d'être protégé en droit international du fait de sa condition d'enfant. Longtemps, l'enfant a été considéré comme un objet de droit sur lequel s'exerçait un droit réel. L'enfant était la propriété des parents parce qu'il était considéré comme leur prolongement ainsi que l'entendait Aristote : « En effet, nous dit Aristote, les parents chérissent leurs enfants comme étant quelque chose d'eux-mêmes »⁸. À l'échelle internationale, la reconnaissance de la subjectivité de l'enfant par la considération de l'enfant comme sujet de droit s'est faite par étapes. La première étape est l'adoption de textes internationaux de portée déclaratoire. La Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant a été adoptée dans le cadre de la

⁴ AGNU, Résolution 217 (III), Déclaration universelle des droits de l'homme, A/RES/217(III), 10 décembre 1948, article 1 §3.

⁵ *Ibid.*

⁶ E. MONDIELLI, « Cours de droit international des droits de l'homme » [notes fournies dans le cours Protection internationale et européenne des droits fondamentaux 2018], Université de Nantes, Nantes, p. 13.

⁷ En ce sens voir J-F, RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2002, p. 10.

⁸ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. fra. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983. VIII, 14, 1161 b, 18 cité par O., PRASONG, « La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit. Université de Bordeaux*, 2016, p. 6.

Société des Nations en 1924 puis la DUDH a reconnu un droit « à une aide et une assistance spéciales » pour l'enfant en 1948. Ces deux instruments de protection internationale des droits de l'homme ont amorcé l'existence d'un régime déclaratif spécifique réservé à l'enfant. La seconde étape est l'adoption des deux Pactes en 1966 (PIDCP et PIDESC) à portée contraignante conférant à l'enfant une protection contre l'exploitation et un droit à l'éducation. La troisième étape est l'adoption d'instruments conventionnels et de leurs protocoles additionnels entre 1973 et 2011. Outre des normes protégeant spécifiquement l'enfant lors de situations particulières⁹, l'instrument majeur de la protection des droits de l'enfant est la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'AGNU dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989¹⁰. La CDE a défini l'enfant comme « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable » en son article premier. En son article 20 paragraphe premier, la CDE a pris en compte la situation de « tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu » en lui accordant un « droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat [partie] ». L'enfant est devenu un sujet de la protection internationale des droits de l'homme particulier. L'État français, ayant ratifié la CDE le 7 août 1990, a l'obligation de respecter les droits fondamentaux conférés à l'enfant dans ladite Convention. L'État français doit protéger le mineur temporairement ou définitivement privé de son milieu familial au regard de son engagement conventionnel dans la protection internationale des droits de l'enfant. Il conviendra toutefois de comprendre comment est pris en compte l'isolement d'un enfant par l'État français afin de lui apporter une protection et une aide spéciales. Effectivement la situation d'isolement du MNA désignée par la CDE par sa privation temporaire ou définitive de son milieu familial n'est pas satisfaisante. L'isolement de l'enfant signifie-t-il qu'il n'est plus sous l'autorité parentale de ses parents ? S'agit-il d'un enfant abandonné ou d'un enfant ayant fugué ? Que désigne le « milieu familial » d'un enfant ? Si la qualité de mineur du MNA semble définie, la notion d'isolement nécessite une réflexion plus approfondie.

En outre, le MNA est une personne étrangère en situation de migration, il est un migrant. Le migrant ne relève pas d'un statut juridique puisque se caractérisant par son mouvement il traverse des régimes juridiques différents. Établir un statut juridique des migrants reviendrait à considérer la caractéristique du mouvement, du déplacement comme constitutive d'un régime juridique à part entière. Devant cette difficulté, le migrant relève de la catégorie juridique des étrangers présents sur le territoire d'un État. Le MNA est un étranger arrivant sur le territoire d'un État qui n'est pas son État d'origine. L'étranger est celui qui n'a pas la nationalité d'un État donné. Le droit international public considère qu'une entité juridique constitue un État lorsqu'il est constitué de trois attributs : une population, un territoire et un gouvernement. D'origine coutumière, la compétence territoriale de l'État s'exerce de manière souveraine selon l'article 2 paragraphe quatrième de la Charte des Nations Unies. Il en découle que « dans les limites de ses frontières « l'État jouit d'une compétence discrétionnaire, ne connaissant ni de limitation *rationae personae* ni de limitation *ratione materiae* » : l'État y est compétent « pour accomplir en toute matière toute espèce d'acte juridique à l'égard de toutes personnes »¹¹. L'État français demeure pleinement souverain sur son territoire. L'accès à son territoire par des personnes étrangères peut être autorisé ou refusé. Néanmoins, la protection internationale et européenne des droits fondamentaux comporte des instruments protégeant une catégorie de personnes étrangères à savoir les réfugiés. La Convention de Genève adoptée le 28 juillet 1951 a défini les conditions pour obtenir le statut de réfugié c'est-à-dire pouvoir bénéficier de l'ensemble des normes inhérentes à ce statut. Selon l'article 1-A-2 de la Convention précitée, le réfugié est une personne qui craint avec raisons d'être persécuté pour plusieurs motifs qu'ils soient politique, ethnique, religieux, l'appartenance à un certain groupe social dans son pays d'origine et qui ne peut pas acquérir la protection de son État d'origine. Le droit international des réfugiés a permis une ingérence dans l'expression souveraine de la compétence territoriale d'un État en le contraignant à protéger les réfugiés. L'État français ayant signé et ratifié la Convention de Genève de 1951, le respect du droit international des réfugiés lui est imposé. Étant membre de l'Union européenne dans laquelle un véritable système commun d'asile a été créé, les

⁹ OIT, Convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, n° 138, 26 juin 1973 ; OIT, Convention sur les pires formes de travail des enfants, n° 182, 10 juin 1999.

¹⁰ AGNU, résolution relative à la Convention relative aux droits de l'enfant, A/RES/44/25, 20 novembre 1989.

¹¹ L. DELBEZ, « Le territoire dans ses rapports avec l'Etat », RGDIP, 1932-4, vol. 39, p. 713 cité par T. FLEURY-GRAFF, « Territoire et droit international », *Civitas Europa*, Nancy, IRENEE / Université de Lorraine, 2015, p. 45.

réfugiés sont des étrangers protégés sur le territoire français. Si la doctrine relative au MNA traite majoritairement d'une partie d'entre eux sollicitant une protection internationale, ils sont en réalité une minorité. Le MNA se trouve donc à l'intersection de plusieurs régimes de droits se faisant concurrence. Il s'agit d'un sujet de droits transversaux. D'une part, le droit international confère à l'État français une compétence territoriale lui étant exclusive. D'autre part, le MNA relève d'instruments de protection internationale et européenne des droits fondamentaux dans lesquels l'État français s'est engagé. La question du droit applicable au MNA revient à étudier l'articulation des régimes de droit lui étant applicables. En d'autres termes, ce travail veut identifier sous quel régime de protection le MNA est pris en compte. Est-il pris en compte par le droit français en sa qualité de mineur plutôt que celle d'étranger ? L'obligation de protection qu'il incombe à l'État français de respecter est-elle réservée à ses enfants nationaux ? S'applique-t-elle aux enfants étrangers ? Les termes utilisés pour désigner le MNA révèlent multiples interrogations relatives à la définition de la notion et à l'application de la protection internationale et européenne des droits fondamentaux en conciliation avec la souveraineté territoriale de l'État français. L'appellation « MNA » tient à affaiblir sa qualité d'étranger. Néanmoins, les normes françaises et la doctrine française utilise majoritairement l'appellation « mineur isolé étranger » qui témoigne de la prise en compte de ce mineur particulier par le droit français.

Si l'histoire des migrations humaines comme celle des migrations des MNA sont anciennes, la prise en compte européenne de « la migration indépendante des enfants »¹² intervient au début de la dernière décennie du XX^{ème} siècle. Les États de l'Union européenne qui étaient des destinations envisagées par les adultes et les familles le sont devenus pour les MNA. Les MNA sont des nouveaux arrivants sur le territoire français. L'émigration de pays dans lesquels la vie est difficile est une entreprise qui s'engage plus jeune qu'auparavant. L'immigration dans les pays dans lesquels la vie semble plus facile, plus protégée et plus généreuse se risque de plus en plus à l'adolescence. L'identification de l'immigration des MNA remonte au début des années 80 avec l'arrivée de jeunes originaires de Bosnie et de Serbie affiliés aux « gens du voyage », appellation administrative désignant en particulier les populations Tziganes et Roms. Si ces jeunes n'arrivaient pas en situation d'isolement prégnante car appartenant à un groupe de personnes migrantes, ils étaient néanmoins isolés juridiquement en ce qu'ils n'étaient pas toujours accompagnés de leurs représentants légaux. En l'absence de normes supra-nationales définissant ces nouveaux venus et appréhendant ce phénomène migratoire, le Ministère de la Justice français a chargé l'Éducation surveillée, ancêtre de la Protection judiciaire de la jeunesse, de l'observer. Au milieu des années 1990, il est relevé « [qu'] outre les jeunes d'Europe de l'Est (Roumains -Roms ou non-, ex-Yougoslavie, Albanie), les mineurs isolés étrangers arrivent du Maghreb (en particulier du Maroc), du Moyen-Orient, d'Afrique subsaharienne et de Chine »¹³. Suscitant l'attention médiatique à la fin des années 1990, cette migration n'a pas été comprise lors de son apparition et son étude est restée et reste aujourd'hui encore un débat perpétuel. La comptabilisation des MNA présents sur le sol français en 1999 témoigne de l'incertitude entourant l'arrivée de ces mineurs. Lorsque l'OFPRA avait enregistré 200 MNA demandeurs d'asile dans toute la France, la PAF dénombrait 843 MNA placés en zone d'attente à l'aéroport Roissy-Charles de Gaulle (principal point d'arrivée des MNA) et le conseil général et l'ASE du département de la Seine-Saint-Denis déclaraient connaître 200 MNA¹⁴. Lorsque le débat international s'empare du sujet de la traite des êtres humains et plus particulièrement des enfants¹⁵, l'identification fluctuante du nombre de ces mineurs a inquiété les observateurs. L'ANAFÉ a dénoncé en 2001 s'agissant des MNA placés en zone d'attente « le comportement suspects d'avocats »¹⁶ et la présence de « rabatteurs »¹⁷ suspectant un commerce sur la misère humaine. L'OIM, s'intéressant en 2002 à la traite de MNA notamment en France, a dressé un bilan accablant s'agissant de

¹² Traduction de l'expression anglaise « the independent migration of children » citée par J., KANICS et D., SENOVILLA-HERNÁNDEZ et K., TOUZENIS, *Migrating alone: unaccompanied and separated children's migration to Europe*, UNESCO [en ligne], Paris, 2010, p. 14.

¹³ DEBRÉ, I., « Les mineurs isolés étrangers en France », Rapport de mission auprès du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés, 12 mai 2010, p. 12.

¹⁴ En ce sens voir A. ETIEMBLE, *Les mineurs isolés en France. Évaluation quantitative de la population accueillie à l'ASE. Les termes de l'accueil et de la prise en charge*, Quest'Us [en ligne], Rennes, 2002, p. 12.

¹⁵ L'enfant est désigné comme une victime particulière de la traite des personnes par le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants adopté par la résolution 55/25 de l'AGNU le 15 novembre 2000.

¹⁶ ANAFÉ, *Zones d'attente : en marge de l'État de droit*, ANAFÉ, Paris, mai 2001, p. 47.

¹⁷ *Ibid.*, p. 56.

l'exploitation sexuelle de ces mineurs et a fait état de difficultés à recueillir des données statistiques sur ces mineurs¹⁸.

La problématique de la comptabilisation des MNA souffre de la récente prise en compte du phénomène, de la difficulté à définir la notion de ce sujet de droit et de l'hétérogénéité des systèmes de protection nationaux. Si le nombre de migrants internationaux âgés de moins de dix-huit ans a été recensé par le DAES des Nations Unis, les migrants internationaux sont entendus comme les personnes qui changent de pays de résidence habituelle. Le pays de résidence habituelle est défini selon le DAES en ces mots : « A person's country of usual residence is that which the person lives, that is to say, the country in which the person has a place to live where he or she normally spends the daily period of rest »¹⁹. Les migrants internationaux âgés de moins de dix-huit ans étaient environ 24 millions de 1990 à 2000²⁰, puis il est noté une augmentation exponentielle de leur nombre pour atteindre environ 33 millions pour 272 millions de migrants internationaux en 2019²¹. L'enfants migrants entendus comme étant âgés de moins de 18 ans représentaient 7% des migrants internationaux en Europe en 2019²². Plus particulièrement, il a été enregistré 300.000 passages de frontières par des MNA et enfants séparés dans 80 pays en 2015 et 2016 ce qui est cinq fois plus qu'en 2010 et 2011²³. S'agissant des déplacements forcés, les données statistiques du HCNUR publiées le 19 juin 2020 ont fait état de records historiques par 79,5 millions de déplacés forcés à travers le monde et 26 millions de personnes ayant obtenu le statut de réfugiés avec plus de la moitié d'entre eux étant des mineurs²⁴. Selon Eurostat, le nombre de demandeurs de protection internationale considérés MNA au sein de l'Union européenne en 2019 était de 17.675²⁵. Ils étaient 19.845 en 2018, 31.400 en 2017, 63.250 en 2016, 95.205 en 2015 mais environ 12.000 entre 2008 et 2013²⁶. La centralisation des données statistiques s'agissant des MNA demandeurs de protection internationale permet d'observer un « pic » migratoire en 2015. Si le nombre de demandes introduites par ces mineurs est extrêmement aléatoire suivant les États membres, il est intéressant d'observer que la France ne fait pas figure de tête de liste. Lorsqu'en 2015, l'Allemagne et la Suède concentraient environ 60% des demandes de protection internationale émanant de MNA dans l'Union européenne, la France n'en représentait que 0,3%. En 2019, la France a enregistré 4% des demandes de protection internationale émanant de MNA.

Néanmoins, il n'est pas question dans ce travail des seuls MNA demandant une protection internationale auprès de l'État français. Obtenir des données chiffrées permettant d'évaluer quantitativement l'arrivée de l'ensemble des MNA sur le territoire français depuis les années 2000 n'est pas aisé en raison de l'absence de centralisation statistique. Il convient d'observer une tendance claire à l'augmentation du nombre de MNA présents sur le territoire national. Les départements français ont déclaré avoir accueillis 1974 MNA en 2001, ce qui était trois fois plus qu'en 1999²⁷. Cette augmentation concerne les MNA pris en charge par les départements mais ne permet pas de prendre en compte l'ensemble des MNA présents sur le territoire. Si le nombre de MNA présents sur le territoire national en 2005 était estimé entre 4 000 et 6 000, les données statistiques sont reconnues « peu fiables »²⁸. En 2009, ils ont été estimés entre 4 000 et 8 000 sur le territoire français²⁹. La tendance à l'augmentation s'est confirmée dans les années suivantes jusqu'à la centralisation des données à travers la création du dispositif national mineurs isolés étrangers en 2013 puis de la MMNA en 2016 sous la direction de la Protection judiciaire de la jeunesse. Le recensement opéré par la MMNA a concerné les mineurs se déclarant MNA. Il est constaté une augmentation de 85% entre 2016 et 2017, de 14% entre 2017 et

¹⁸ OIM, *La traite des mineurs non-accompagnés dans l'Union européenne Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas*, OIM, Paris, décembre 2002, pp. 11 à 13.

¹⁹ Department of Economic and Social Affairs Statistic Division (United Nations), *Recommandations on Statistics of International Migration*, Revision 1, ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1, New York, 1998, §32.

²⁰ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *Trends in International Migrant Stock: The 2019 Revision Migrants by Age and Sex*. United Nations, New York, 2019 cité par UNICEF, UNICEF Data: Monitoring the situation of children and women, Child migration [en ligne], avril 2020.

²¹ *Ibid.*

²² IOM's Global Migration Data Analysis Centre, *Migration data portail, Child and young migrants* [en ligne], 9 June 2020.

²³ UNICEF, *A child is a child, Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation* [en ligne], May 2017, p. 6.

²⁴ HCNUR, « Figures at a Glance » [en ligne], June 2020.

²⁵ Eurostat, « Demandeurs d'asile considérés comme mineurs non accompagnés - données annuelles », TPS00194, 21 mai 2020.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ A., ETIEMBLE, « Quelle protection pour les mineurs isolés en France », *RAJJ*, JDJ n°243, mars 2005, p. 18.

²⁸ UNICEF-France, « Mineurs étrangers isolés : des enfants en danger, sur notre territoire » [en ligne], 27 octobre 2009.

²⁹ I., DEBRÉ, *Rapport de mission auprès du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés « Les mineurs isolés étrangers en France »*, 12 mai 2010, p. 21.

2018 et une diminution de 1,5% entre 2018 et 2019³⁰. Si l'analyse des données statistiques françaises relatives aux MNA permet de conclure à une augmentation importante de la présence de ces mineurs sur le territoire national, celle-ci est difficilement appréciable au niveau européen et impossible au niveau international. Cette complexité tient à l'absence de statistiques générales sur la migration de ces mineurs en raison de comptabilisation différentes suivant les États d'accueil en fonction de la définition retenue d'un MNA. L'étude statistique permet de comprendre l'ampleur du défi juridique s'agissant de la protection des MNA. Néanmoins, les données chiffrées doivent être considérées comme éloignées de la réalité. Le nombre de MNA sur le territoire est bien plus important et un phénomène d'invisibilité de ces mineurs est à prendre en compte ici. Le Droit intervenant en réaction à une réalité empirique, il convient d'apporter par ce travail une analyse juridique de la réponse donnée par le Droit à un phénomène sociologique identifié.

Le périple solitaire des MNA d'un État d'origine vers un État d'accueil relève de causes multiples. Certains fuient avant tout la guerre, les persécutions et la traite des êtres humains, lorsque d'autres poursuivent une errance provoquée par leur abandon. Aussi, certains MNA sont envoyés par leur famille afin de travailler ou de suivre des études dans l'État d'accueil. Enfin, certains mineurs ont quitté leur famille de leur État d'origine en raison de mauvais traitements ou relations conflictuelles. L'étude de l'âge d'entrée des mineurs se déclarant MNA dans le dispositif de la protection de l'enfance français de l'année 2015 à l'année 2019 montre une centralisation de cette prise en charge aux âges de 15 et 16 ans³¹. Ces mineurs étaient en grande majorité des garçons (plus de 95%). Les principaux pays d'origine des MNA ayant intégré le dispositif de la protection de l'enfance français n'ont pas beaucoup varié entre 2015 et 2019. Ils sont principalement originaires de Guinée de Cote d'Ivoire et du Mali depuis 2017 et plus généralement originaires d'Afrique de l'Ouest (Guinée, Cote d'Ivoire, Mali, Cameroun, Sénégal) avant 2017. Il convient de noter une augmentation sensible de nombre de MNA originaires du Bangladesh et du Pakistan ayant intégré le dispositif de la protection de l'enfance entre 2018 et 2019.

L'augmentation considérable de la migration des MNA vers l'Union européenne et vers la France doit être comprise dans un contexte politique contemporain de plus en plus réticent à l'immigration. L'offre politique et la demande de protection contre une immigration perçue comme néfaste à la survie économique est grandissante dans la plupart des États membres. L'hospitalité envers les populations dans le besoin n'est pas une idée politique séduisante parce que ces populations sont vues comme un poids économique et un danger terroriste. L'intégration du concept philosophique de l'hospitalité au discours politique est possible à l'image de celui prononcé en l'année 1979 au sujet des 100.000 *boat people*³². De nos jours, ce discours semble si éloigné et inaudible l'on peut parler de « l'impossible hospitalité politique »³³. En l'espace de quelques décennies, la perception de l'immigration par les populations de l'Union européenne a changé et le discours politique s'est endurci. L'augmentation de l'arrivée de personnes étrangères sur le sol européen a été décrite comme une « crise migratoire » dans laquelle la solidarité de la prise en charge de ces personnes entre les États membres de l'Union européenne fut inégale. La « crise migratoire » a été en réalité une réelle crise de l'accueil des populations migrantes symbolisée par l'apparition de camps temporaires durables où ces populations survivent dans la plus grande précarité. Le retour des frontières internes de l'Union européenne dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et l'immigration irrégulière témoigne de l'échec de la volonté d'une « gestion intégrée des frontières extérieures »³⁴ par le biais de l'agence Frontex. C'est dans ce contexte de « frontiérisation » que l'exil des MNA s'est intensifiée. Mais cette intensification s'inscrit également dans un « monde en mouvement où l'on valorise la mobilité comme une expression de la modernité

³⁰ Ces taux d'évolution ont été calculés à partir des données statistiques contenues dans les rapports annuels d'activité de la MMNA publié en 2020, 2019, 2018 et 2017.

³¹ Cette évolution a été constatée à partir des données statistiques contenues dans les rapports annuels d'activité de la MMNA publié en 2020, 2019, 2018 et 2017.

³² En l'année 1979, les discours politiques menés par des intellectuels de droite et de gauche comme R., ARON, J-P, SARTE et M., FOUCAULT sont des discours positifs envers les *boat people*. Les *boat people* désignent les personnes ayant participé à un groupe important de migrants en provenance d'Indochine à partir de l'année 1975.

³³ F., BRUGÈRE et G., LE BLANC, *La fin de l'hospitalité, L'Europe, terre d'asile ?*, Flammarion, Champs essais, Paris, 2018, p. 103.

³⁴ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, 14 septembre 2016, considérant 11.

mais où ceux qui sont sédentaires ont plus de droits que ceux qui sont mobiles »³⁵. Une partie des MNA arrivant sur le sol européen aspirent à cette modernité et à cette mondialisation vantée et exposée. Une autre partie de ces mineurs quittent leur État d'origine par nécessité. Quelles que soient les raisons motivant leur départ, leur parcours migratoire est singulier de celui des adultes parce qu'ils sont par essence plus vulnérables.

Les qualités du MNA le caractérisant et l'incluant dans une catégorie juridique nouvelle³⁶ ont un dénominateur commun qu'est la vulnérabilité. Si la vulnérabilité peut constituer « une composante des vertus humaines »³⁷, elle est un concept c'est-à-dire une réalité abstraite alors que la « personne vulnérable » semble être une notion³⁸. La création du concept de « vulnérabilité » qui, par essence ne peut s'évaluer, est couplée à la considération de la « personne vulnérable ». En recherchant à protéger l'enfant, symbole de la vulnérabilité, la notion de « personne vulnérable » a émergé³⁹. L'intérêt de ce travail n'étant pas l'étude la notion de « personne vulnérable », elle est entendue comme visant une personne d'une faiblesse particulière⁴⁰. Le MNA est considéré comme une personne vulnérable à plusieurs égards parce qu'il est un enfant isolé c'est-à-dire un être vulnérable par essence dont la protection parentale est absente. Étant un enfant étranger, il ne se trouve pas dans son pays d'origine ce qui rajoute à sa vulnérabilité puisqu'il peut avoir des difficultés de compréhension de la langue, de la société différente de celle qu'il connaît et toute autre difficulté pouvant rencontrer un jeune migrant. La reconnaissance du MNA comme une personne particulièrement vulnérable conforte l'idée selon laquelle une protection lui est due contre la violation de ses droits fondamentaux.

Traiter d'un phénomène migratoire de personnes étrangères sur le territoire de l'État français ne peut omettre de s'intéresser à l'aspect irrégulier de l'entrée sur ce territoire. Durant leurs parcours migratoires, les MNA empruntent souvent le chemin dangereux de l'entrée irrégulière sur le territoire. Sans s'attarder sur les raisons du choix de la clandestinité par ces mineurs, il convient toutefois de relever l'existence de réseaux organisés auxquels les mineurs donnent une somme d'argent importante pour passer la frontière de l'État français. Ces réseaux exercent une influence certaine sur ces mineurs. Certains d'entre eux gagnent le territoire français sans se présenter aux points d'entrées alors même qu'ils sont en possession de documents d'identité. D'autres n'ont pas pu préparer leur départ du pays d'origine et se trouvent dans l'impossibilité de pouvoir justifier leur identité. D'autres encore ont égaré ces documents. L'utilisation de ces réseaux augmente les risques encourus par les MNA en termes de traite des êtres humains sous ses multiples facettes sordides. En l'absence de documents d'identité ou lorsque leur validité est remise en cause, la preuve de leur minorité devient problématique. Il est intéressant de se demander quel droit l'État français peut appliquer à une personne étant dans l'impossibilité de prouver son appartenance à une catégorie juridique donnée. Le MNA ne pouvant prouver sa qualité de mineur est-il assimilé à défaut à un majeur ? Il s'agira d'apprécier comment l'État français s'assure que la personne se trouvant sur son territoire relève de la catégorie juridique du MNA.

Il est compris à l'issue de cette introduction que le sujet de droit qu'il s'agit d'étudier dans ce travail suscite multiples interrogations. Si le Droit est en perpétuelle évolution, l'apparition récente de ce nouveau migrant ne permet pas de l'inclure dans un régime juridique unique existant. En l'absence d'un statut juridique particulier et d'un régime juridique préexistant, le régime juridique s'appliquant au MNA est en construction. Le MNA possède plusieurs qualités le plaçant à l'intersection de plusieurs régimes de protection de ses droits fondamentaux. Il se trouve au centre des problématiques juridiques relatives à l'enfant privé de la protection de ses parents et de celles relatives à l'étranger arrivant sur le territoire français. Ce mineur se situe à la rencontre d'une protection générale en sa qualité d'être humain, d'une protection spécifique en sa qualité d'enfant et son éventuelle qualité de réfugié et de l'expression

³⁵ WITHOL DE WENDEN, C., *L'immigration. Découvrir l'histoire, les évolutions et les tendances des phénomènes migratoires*, Paris, Eyrolles, 2016, p. 11 cité par O., CAREMELLE et D., CARÈME (pref), *Par simple humanité. L'accueil des migrants à Grande-Synthe*, Les Éditions de l'Atelier/Les Éditions Ouvrières, Ivry-sur-Seine, 2020, pp. 71-72.

³⁶ En ce sens voir D. SENOVILLA-HERNÁNDEZ, « Analyse d'une catégorie juridique récente : le mineur étranger non accompagné, séparé ou isolé », *Revue Européenne des Migrations Internationales* [en ligne], vol. 30 - n°1, 2014, mis en ligne le 01 mars 2017, consulté le 20 juin 2020.

³⁷ En ce sens, M., BLONDEL, « La personne vulnérable en droit international. », *Droit*. Université de Bordeaux, 2015, p. 15 se référant à ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre 1, Chapitre 11, 1100b 20 – 35, Flammarion 2004, pp.85 – 86 ; NUSSBAUM (M.), « Aristote et la fragilité de la bonté », *Bulletin de la Société Française de philosophie*, 1987, vol.81, n°4, pp. 117 – 144.

³⁸ En ce sens, M., BLONDEL, « La personne vulnérable en droit international. », *Droit*. Université de Bordeaux, 2015, p. 24

³⁹ En ce sens, *Ibid.*, pp. 57-58 se référant à A, LAINGUI, « Histoire de la protection pénale des enfants », *RID pénal Paris* [en ligne], Godde, 1979, p.528.

⁴⁰ En ce sens, *Ibid.* p. 27.

souveraine de la compétence territoriale de l'État français. Ainsi, il convient d'étudier si le régime de droit français applicable au MNA est en conformité avec les engagements de l'État français en matière de protection internationale et européenne des droits fondamentaux.

Partant de l'analyse juridique des engagements de l'État français en matière de protection internationale et européenne des droits fondamentaux bénéficiant au MNA, il s'agira de vérifier le respect de ceux-ci à travers la construction de la protection de ce mineur dans le droit interne et sa pratique. Autrement dit, ce travail universitaire consiste à identifier la nature du régime juridique applicable au MNA en droit français et à vérifier qu'il soit conforme aux engagements internationaux et européens de l'État français. La rédaction de cette étude étant concomitante avec l'application d'un état d'urgence sanitaire, l'analyse porte sur le droit applicable en dehors de cette période exceptionnelle. Il semble que le temps nécessaire pour apprécier les conséquences d'une législation dérogatoire ne soit pas suffisant.

La problématique de l'existence d'un régime juridique applicable au MNA impose de définir la notion de « MNA ». Elle implique également de savoir comment cette notion a fait son entrée dans les différents ordres juridique international et national. Enfin, elle suppose d'observer la manière dont l'État français contrôle l'inclusion du MNA à un régime juridique de protection de ses droits fondamentaux (**Première Partie**). Partant de la définition du terme « protection » qui indique qu'elle correspond en général « à un devoir pour celui qui l'assure », il convient d'étudier cette obligation de l'État français en matière de protection du MNA. Pour ce faire, l'examen du respect de la protection des droits fondamentaux du MNA lorsqu'il est pris en charge par l'État français est nécessaire (**Seconde Partie**).

Première Partie. Le respect des droits fondamentaux lors de la détermination du mineur non accompagné par l'État français

Les MNA sont des sujets de droits transversaux. Ils sont étrangers, mineurs et sans représentants adultes. Chacune de ces caractéristiques correspond à une catégorie juridique déterminée. Appartenant à ces trois catégories, le MNA relève du droit international, du droit de l'Union européenne, du droit national, du droit des étrangers, du droit des mineurs, du droit des mineurs isolés et parfois du droit d'asile. Dans le but d'accorder une protection juridique au MNA, la première étape est l'exercice de définition de la notion de MNA (**Section 1**). Se définissant en particulier par sa minorité, l'âge du MNA est évalué puis déterminé en cas de doute (**Section 2**).

Section 1. La notion de mineur non accompagné

La « notion » peut se définir comme un « moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables : la notion permet de qualifier les faits, c'est-à-dire de les faire entrer dans une catégorie connue et répertoriée, à laquelle ces faits paraissent correspondre et, en conséquence, de leur déclarer applicable le régime juridique établi pour cette catégorie »⁴¹. Définir la notion de MNA permet en ce sens de le faire entrer dans une catégorie juridique afin de lui appliquer un régime juridique. L'enjeu de la définition est grand, il permet l'application d'un régime juridique particulier au MNA. Cependant, la définition de la notion de MNA est complexe à établir. La migration de mineurs sans être accompagné de leur parent est relativement nouvelle. Le droit doit s'adapter à l'émergence d'une nouvelle réalité factuelle afin de ne pas laisser ces mineurs dans un vide juridique concernant leur protection. La protection juridique du MNA vient de l'appréciation de sa vulnérabilité. La définition de la notion de « MNA » peut permettre de le considérer comme une personne vulnérable. Il pourra s'en suivre la construction d'un régime de protection de celui-ci. Si la notion de « MNA » est définie en droit supra-national (§1), elle ne l'est pas en droit français (§2).

§1. La définition du mineur non accompagné en droit supra-national

Le MNA, mineur isolé, enfant non accompagné ou quelque autre dénomination implique la notion de migration. Ce mineur est un « étranger » et plus précisément un étranger « migrant ». Le terme de « migrant » apprécié dans notre étude comme « migrant internationaux » implique une notion trans-frontière. Le franchissement de la frontière entraîne le passage d'un ordre juridique national à un autre. Il se conjugue avec le passage dans l'ordre juridique international en raison de l'élément d'extranéité. Une notion internationale nécessite d'être définie dans droit international et régional, la définition du MNA est ainsi née en 1997 au niveau international et européen (A). Le caractère pluriel de la définition de cette notion entraîne l'entrée de ce mineur dans le champ d'application de plusieurs textes internationaux et européens majeurs (B).

A. La naissance de la définition du mineur non accompagné en 1997

Le MNA relevant du droit international comme du droit européen, l'exercice de la définition s'est imposé à ces différents ordres juridiques. Cette notion a dû être définie directement pour dépasser

⁴¹ F. P, BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Les leçons de la « Philosophie du droit » de Hegel » dans J.-M., GALABERT et M.-R., TERCINET, Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Grenoble, PUG, 1995, p. 27.

l'aspect cumulatif et indirect des instruments y faisant référence. Si le MNA est défini en 1997 par le HCNUR au niveau international (1), une définition est également donnée à la fois par le droit de l'Union européenne la même année et le droit du Conseil de l'Europe plus tardivement (2).

1. La définition internationale du mineur non accompagné du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'enfant est devenu un sujet de droit international humanitaire à part entière. L'article 77 du Protocole additionnel I de la IV^{ème} Convention de Genève de 1949 dispose que « les enfants doivent faire l'objet d'un respect particulier et doivent être protégés contre toute forme d'attentat à la pudeur. Les parties au conflit leur apporteront les soins et l'aide dont ils ont besoin du fait de leur âge ou pour toute autre raison ». Un principe de protection de l'enfant dans un conflit armé international est posé explicitement. Ce principe est appliqué de façon analogue dans le cadre d'un conflit non-armé international par l'article 4 du Protocole additionnel II de la IV^{ème} Convention de Genève de 1949. L'enfant est vu comme une victime particulière des conflits armés ou non-armés internationaux. Cette particularité leur permet, lors d'un conflit armé international, d'accéder aux zones sanitaires et de sécurité⁴², d'être évacué d'un lieu assiégé ou encerclé⁴³ ou encore d'être évacué temporairement si nécessaire pour des raisons impérieuses relatives à leur sécurité⁴⁴. Le CICR considère « la recherche de personnes disparues, l'échange de messages familiaux et le regroupement des familles séparées des deux côtés du front » comme une priorité, le traitement des enfants non accompagnés en découle. En 1980, 3500 MNA ont été enregistrés par le CICR collaborant avec le HCNUR⁴⁵. L'enfant non accompagné existe dans le *jus in bello* à la suite de la Seconde Guerre mondiale sans qu'il soit spécifiquement défini.

Le 28 juillet 1951, la Convention de Genève est adoptée lors d'une conférence plénipotentiaire sur le statut des réfugiés à la suite de la résolution 429 (v) de l'AGNU. L'instrument majeur de droit international relatif à la protection des « migrants » vient définir le « réfugié » c'est-à-dire le « migrant » ayant le droit à une protection internationale. Si le terme de « réfugié » est défini par ladite Convention, il convient de noter l'unique présence du terme « mineur » et celle à six reprises du terme « enfant » dans l'ensemble de la Convention et du Protocole relatifs au statut des réfugiés. La Convention de Genève, point de départ du droit des réfugiés, ne traite donc pas spécifiquement des mineurs. Elle ne traite pas en particulier du MNA à l'exception de la recommandation faite aux gouvernements de la prise des mesures nécessaires, au titre du principe de l'unité familiale, pour assurer la protection des « réfugiés mineurs » et en particulier pour les « enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l'adoption »⁴⁶. La mention des mineurs isolés à travers cette recommandation met en lumière l'intégration du mineur au régime des réfugiés. La définition du MNA n'est pas posée par cet instrument définissant le réfugié.

Quelques mois avant l'adoption de la Convention pré-citée, le HCNUR est créé par la résolution 428 (v) adoptée par l'AGNU le 14 décembre 1950 en vertu de l'article 22 de la Charte des Nations Unies. Organe subsidiaire de cet assemblée, le HCNUR est fonctionnel le 1^{er} janvier 1951 pour une durée limitée à trois ans à l'origine mais devenant permanente par la suite. Le HCNUR a publié en octobre 1985 les « Guidelines for Interviewing Unaccompanied Minors and Preparing Social Histories ». Il s'agit de la première publication du HCNUR traitant particulièrement et exclusivement de la question des MNA. L'histoire sociale, la culture, l'état de santé du mineur sont les points importants à questionner à travers un mode d'emploi de la considération des MNA donné par le HCNUR. Les objectifs sont « understand the situation each unaccompanied minor is in and to record it », « to understand that the form presents a picture of who the minor is and how s/he came to be that way » et « to realize that the form is simply the tool used to present this picture, it can be adjusted to fit a minor's needs, a minor's

⁴² CICR, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, Article 14.

⁴³ CICR, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, Article 17.

⁴⁴ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977, Article 78.

⁴⁵ D., PLATTNER, « La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge* [en ligne], numéro 747, juin 1984.

⁴⁶ Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Acte final*, Genève, 25 juillet 1951, IV, B, 2).

story is not altered to fit the forms »⁴⁷. La prise en compte du MNA dans les travaux du HCNUR étant faite, il est question d'imager la situation de celui-ci afin que s'ensuive une prise en compte juridique de ce sujet de droit. En 1987, le Comité exécutif du programme du Haut Commissaire a signifié la « situation particulière des enfants non accompagnés et des enfants séparés de leurs parents ». Il a centralisé l'action du HCNUR sur l'entretien individuel d'évaluation, la préparation de leurs dossiers sur leurs antécédents sociaux et le rapatriement devant être une solution durable librement consentie dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁴⁸. Le MNA n'est pas défini, il est entendu comme enfant non accompagné, enfant séparé de ses parents, confié une autre famille. Il n'est pas encore précisé ce qu'est un enfant tout comme ce qu'est d'être non accompagné.

Le Comité exécutif du programme du Haut Commissaire a demandé au HCNUR un rapport visant la mise en oeuvre de la politique du HCNUR concernant les enfants réfugiés ainsi que la présentation de principes directeurs⁴⁹. Un tel rapport est publié en 1994 dans lequel les mots de la Haute Commissaire Sadako Ogata posent comme un postulat la vulnérabilité infantile par « Children are vulnerable ». L'enfant est alors considéré avant tout comme vulnérable puis comme « dependent » et « developing ». Elle marque ensuite la différence de vulnérabilité entre l'enfant réfugié et l'enfant moyen. Une partie spécifique du rapport est dédiée aux MNA à savoir le chapitre 10 du rapport nommé « Refugee Children : Guidelines on Protection and Care ». Le HCNUR commence par rappeler certains articles de la CDE traitant du droit de connaître et d'être pris en charge par ses parents (article 7), du droit à la réunification familiale (article 10.1) et des droits spécifiques aux enfants non accompagnés à savoir la « continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique » et le bénéfice de « la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit » (article 20. 1 et 22.2). La définition d'enfant non accompagné suit cet énoncé de droit et naît en 1994. La définition des enfants non accompagnés est alors la suivante : « Unaccompanied children are those who are separated from both parents and are not being cared for by an adult who, by law or custom, is responsible to do so ». Il convient de noter que l'élément central de cette définition est l'isolement ne résultant pas nécessairement de la mort de ses parents. Malgré la présence de ces parents, cet enfant est isolé en l'absence de référent adulte pour le prendre en charge. Si l'enfant n'y est pas défini, il convient de le comprendre en raison de l'émergence de la définition de l'enfant quelques années plus tôt par la CDE. L'enfant a été défini à l'article premier de la CDE comme « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ».

En 1997, le HCNUR a publié la « Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile » où il précise, au point 3.1, la définition de l'enfant non accompagné. Désormais, ce dernier est défini comme une « personne âgée de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable, qui est « séparée de ses deux parents et n'est pas prise en charge par un adulte ayant, de par la loi ou la coutume, la responsabilité de le faire » ». Sont alors reprises et couplées la définition d'un « enfant » issue de l'article 1 de la CDE et celle de l'« enfant non accompagné » issue des principes directeurs du HCNUR de 1994. Trois critères ressortent de la définition de l'enfant non accompagné à savoir être une personne, être mineur et être isolé. La minorité et l'isolement constituent les deux aspects fondamentaux de la définition de l'enfant non accompagné. Ensuite, il est distingué les enfants non accompagnés des enfants accompagnés d'adultes qui ne sont pas leurs parents. A travers l'annexe II à la « Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile », le HCNUR établit une liste de principes directeurs « qui ne sont pas exhaustifs » visant à apprécier la qualité de la relation entre l'enfant et « une personne principalement responsable potentielle » afin de déterminer si l'enfant est non accompagné. L'enjeu de cette distinction importe en vue de l'accord ou du refus du statut de réfugié à l'enfant. La considération comme enfant non accompagné influe sur prise en compte de la vulnérabilité de l'enfant. S'agissant du critère de l'isolement, le HCNUR pose la présomption du « statut d'enfant non accompagné » en cas de doute sur la véracité du récit ou de la nature de la relation entre l'enfant et l'adulte. La personne responsable de l'enfant, parent ou non, garde

⁴⁷ HCNUR, *Guidelines for Interviewing Unaccompanied Minors and Preparing Social Histories*, Octobre 1985, p. 2.

⁴⁸ Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Enfants réfugiés*, N° 47 (XXXVIII), 12 October 1987, j) et k).

⁴⁹ AGNU, *Rapport de la quarante-cinquième session du Comité exécutif du programme du Haut commissaires des Nations Unies pour les réfugiés (Genève 3-7 octobre 1994)*, A/AC.96/839, 11 octobre 1994, §23 i).

cette responsabilité et les obligations qui en découlent quelle que soit la suite de la procédure d'acquisition du statut de réfugié par l'enfant ou l'adulte. Dans le cas où l'enfant a été élevé par plusieurs responsables, il convient d'identifier le responsable principal. Si le statut de réfugié ne varie pas selon que le demandeur soit mineur ou non, certaines dispositions spécifiques s'appliquent aux mineurs, l'appréciation de l'isolement de l'enfant est alors importante. L'enfant peut être accompagné d'un frère ou d'une soeur adulte, sous réserve d'avoir une histoire commune, que le frère ou la soeur ait la connaissance de la demande d'asile de l'enfant et qu'il ait la capacité de faire la demande. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'enfant est alors considéré comme non accompagné.

La définition de l'enfant non accompagné naît véritablement en 1997 après l'établissement de la définition de l'enfant puis celle de l'isolement respectivement par l'AGNU puis le HCNUR. L'enfant non accompagné naît du droit des réfugiés. A travers l'interdépendance du CICR et de l'HCNUR, les réfugiés ont acquis un statut leur conférant une protection internationale. Le respect du droit international humanitaire surveillé par le CICR et le respect du droit des réfugiés par le HCNUR permet l'émergence du droit international des réfugiés d'après Otto Hieronymi⁵⁰. Grâce à l'émergence de ce droit la question de cet enfant qui peut demander le statut de réfugié est traitée. Cependant, le Comité exécutif du HCNUR adopte des conclusions thématiques traitant de la protection des réfugiés qui ne sont pas contraignantes et qui, selon Mario Bettati, « ont pour rôle de combler le vide juridique laissé par le droit international des réfugiés »⁵¹. Il leur reconnaît tout de même un pouvoir de *soft law* à savoir une autorité morale engendrant une « pression politique régulant les conduites ».

Par ailleurs, le Comité des droits de l'Enfant des Nations Unies a considéré en 2005 l'« enfant non accompagné » comme « enfant de moins de dix-huit ans qui a été séparé de ses deux parents et d'autres membres proches de sa famille et n'est pas pris en charge par un adulte investi de cette responsabilité par la Loi et la coutume »⁵². Puis, le Comité définit le « mineur séparé » comme le mineur « qui a été séparé de ses deux parents ou des personnes qui en avaient la charge à titre principal auparavant en vertu de la loi ou de la coutume, mais pas nécessairement d'autres membres de sa famille ». Le mineur séparé n'est pas non accompagné. Ainsi, le Comité des droits de l'Enfant des Nations Unies vient donner une définition non limitée au mineur réfugié ou demandeur d'asile mais à tout mineur et vient clarifier la distinction entre le MNA et le mineur séparé. Si la définition de l'« enfant non accompagné » naît en 1997, elle est clarifiée en 2005 par le garant de la CDE des Nations Unies.

Si la prise en compte des MNA s'est faite à travers le droit international des réfugiés de prime abord par le HCNUR, il ressort de l'histoire de la formation de cette organisation un certain européocentrisme. Les trois étapes normatives de l'histoire du HCNUR, identifiées par Mario Bettati, sont les arrangements provisoires relatifs aux réfugiés russes et arméniens en 1926 et 1928, puis la Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés s'agissant des expatriés russes et la Convention spéciale de 1938 relative aux réfugiés allemands et espagnols par la suite. La Convention de 1951 est venue abroger ces Conventions spécifiques à certains réfugiés pour créer le statut international du réfugié. La création normative du droit international des réfugiés est alors *de facto* euro-centrée. La définition du MNA en droit de la région européenne est alors venue en réaction à celle établie par le HCNUR.

2. Les définitions européennes du mineur non accompagné

Avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam en 1999, un seul et unique texte est relatif aux MNA à savoir la résolution du Conseil de l'Union européenne du 26 juin 1997 concernant les MNA ressortissants de pays tiers. Étant adoptée sous l'empire du Traité de Maastricht, cette résolution a pour base le « troisième pilier » à savoir la coopération intergouvernementale dans les domaines de la justice et des affaires intérieures prévue au titre VI du traité. La méthode intergouvernementale évite un transfert de souveraineté des États membres sur un sujet sensible relatif à l'immigration. Ce pilier relève de l'« espace de liberté, sécurité et justice » mentionné par le Traité de Rome en 1957 en son article 61

⁵⁰ O., HIERONYMI, « Émergence du droit international des réfugiés », *Juris associations* [en ligne], 2020, n° 611, p. 24.

⁵¹ M., BETTATI, « Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) », *Pouvoirs* [en ligne], 2013, n° 144, p. 106.

⁵² Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, *Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §7.

puis réellement mis en place par le Traité de Maastricht en son article 29. La résolution du Conseil de l'Union européenne relative aux MNA n'a pas de valeur contraignante mais témoigne d'un engagement des États membres à traiter ensemble et à s'entendre sur ce sujet.

L'article premier de la résolution du Conseil de l'Union définit les MNA comme « les ressortissants de pays tiers âgés de moins de dix-huit ans qui entrent sur le territoire des États membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux, de par la loi ou la coutume, et tant qu'ils ne sont pas effectivement pris en charge par une telle personne » et comme les « mineurs ressortissants de pays tiers qui ont été laissés seuls après être entrés sur le territoire des États membres ». La minorité est entendue au sein des États membres jusqu'à l'âge de 18 ans. La définition du Conseil reprends la définition du HCNUR à l'exception de la mention de la possibilité d'être majeur avant 18 ans en vertu de la législation applicable. Cette définition est plus protectrice puisqu'elle permet à un jeune considéré majeur dans son État d'origine d'être considéré mineur dans l'État d'accueil européen. Elle ajoute à la définition du HCNUR la possibilité de la perte de l'adulte responsable à la suite de l'entrée sur le territoire des États membres. La définition du HCNUR ne précisait pas cette possibilité même si son inclusion était envisageable. La notion d'« enfant séparé » est visée par la seconde définition. Il serait l'enfant arrivé sur le territoire d'un État membre avec un adulte responsable mais que ce dernier ne soit plus avec lui. Le Conseil de l'Union européenne inclus la notion d'enfant séparé à celle d'enfant non accompagné et surtout il ne limite plus la notion d'enfant non accompagné à celle de l'enfant non accompagné réfugié. Ceci étant, si le texte du Conseil est protecteur à l'égard des MNA demandeurs d'asile, il l'est moins pour ceux ne demandant pas l'asile. À titre d'exemple, l'article second de la résolution prévoit la possibilité pour les États membres de refuser l'entrée sur leur territoire des MNA « notamment s'ils ne sont pas en possession des documents et autorisations requis » alors que les demandeurs d'asile bénéficient de l'application de la Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile. Ce texte isolé dans le droit de l'Union européenne définit le MNA ne se limitant pas à celui demandant l'asile.

Le Conseil de l'Europe a longtemps délaissé le sujet des enfants non accompagnés, l'eurocentrisme du HCNUR permettant la considération particulière de ce dernier aux enfants non accompagnés européens. Des programmes spécifiques à ces enfants sont mis en place comme le PESE né de l'initiative de l'Alliance internationale Save the Children et le HCNUR. Ce programme est mis en place en 2000. Fort de compétences complémentaires à savoir la protection des droits des réfugiés par le HCNUR et la protection des droits de l'enfant par l'Alliance internationale, le programme est une traduction du travail du HCNUR au niveau européen. La Déclaration des bonnes pratiques publiée en 2000 par le PESE définit les « enfants séparés » comme les « enfants de moins de 18 ans se trouvant en dehors de leur pays d'origine, séparés de leurs parents ou de leur ancien répondant autorisé par la loi/par la coutume »⁵³. L'enfant séparé est considéré comme synonyme de l'enfant isolé mais non d'enfant non accompagné car il s'agit d'enfant se retrouvant « sans l'assistance ni la protection de leurs parents ou de leur répondant légal »⁵⁴. La même définition est reprise de manière analogue dans la Déclaration de bonnes pratiques de 2004 du PESE. Le ECRE associant 106 ONG dans 40 pays dont French Refugee Council et France Terre d'Asile protège le droit des réfugiés sur le sol européen. Ce Conseil a publié, en 1996, une Position sur les enfants réfugiés définissant l'enfant réfugié non accompagné comme « those who are separated from both parents and are not being cared for by an adult who, by law or custom, has responsibility to do so »⁵⁵. Le traitement de la question des enfants réfugiés par ces différentes initiatives n'a pas poussé le Conseil de l'Europe à définir la notion d'enfant non accompagné. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté, le 31 janvier 2003, la Recommandation 1596 relative à la situation des jeunes migrants en Europe dans laquelle elle incite le Comité des Ministres à inclure des activités dans son programme de travail afin d'assister les États membres à traduire la définition des « enfants séparés » donnée par la Déclaration de bonnes pratiques de 2000 du PESE. L'Assemblée Parlementaire ne se positionne alors pas sur la définition des enfants

⁵³ Alliance internationale Save the Children et le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, *Déclaration des bonnes pratiques du programme en faveur des enfants séparés en Europe*, octobre 2000, §2.1.

⁵⁴ Alliance internationale Save the Children et le Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, *Déclaration des bonnes pratiques du programme en faveur des enfants séparés en Europe*, octobre 2000, §2.2.

⁵⁵ The European Council on Refugees and Exiles, « Position on refugee children », *International Journal of Refugee Law*, Volume 9, Issue 1, January 1997, pp 74-81, §11.

non accompagnés mais sur la définition des enfants séparés et plus particulièrement pour ceux d'entre eux étant réfugiés puisque le PESE traite des réfugiés. Cette même assemblée a adopté une nouvelle recommandation relative aux enfants séparés demandeurs d'asile⁵⁶ excluant toujours les enfants non accompagnés non demandeurs d'asile. Cependant, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés le 12 juillet 2007. L'apparition du terme de mineur migrant non accompagné et sa définition explicite vient clarifier les tergiversations précédentes. Le mineur migrant non accompagné peut être demandeur d'asile ou non, peut être un enfant séparé et peut être un mineur qui a été laissé seul après être entré sur le territoire de l'État membre. Le MNA se différencie de l'enfant séparé par le degré d'isolement. Le premier ne peut être représenté par aucun adulte investi de cette responsabilité par la loi ou la coutume, le second peut être accompagné par un autre membre de sa famille. Le MNA est donc différent de l'enfant séparé. Cependant, le Comité vient regrouper ces notions s'agissant de ces mineurs migrants, le mineur migrant non accompagné est un MNA ou un enfant séparé.

À dix ans d'intervalle, le Conseil de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe viennent à s'entendre sur l'inclusion des enfants séparés dans la définition des mineurs migrants non accompagnés. Le Conseil de l'Union européenne adopte le terme de MNA en le considérant explicitement comme un mineur migrant dans sa définition. La définition du Conseil de l'Europe est plus précise parce qu'elle rappelle la possibilité d'être MNA sans pour autant être migrant. Si la définition internationale du MNA est née du droit international des réfugiés, les définitions européennes se sont progressivement détachées du statut du demandeur d'asile. Les définitions européennes considèrent la minorité jusqu'à 18 ans lorsque la définition internationale permet la réduction de l'âge de la majorité sous couvert de la législation applicable du pays d'accueil. L'isolement est considéré comme total ou partiel en raison de l'inclusion de l'enfant séparé à la définition du MNA.

Indépendamment des différentes appellations du MNA constatées dans les multiples instruments précités, il convient d'établir trois critères de définition à celui-ci. Le premier est la minorité de l'enfant arrêtée à 18 ans dans les États parties Conseil de l'Europe et la plupart des États en général. Le second est l'élément d'extranéité, le MNA est un mineur étranger en migration d'un pays d'origine à un pays d'accueil. Le troisième est l'isolement du mineur, qu'il soit arrivé sans représentant légal ou bien qu'il n'ait plus de représentant légal lorsqu'il est arrivé dans le pays d'accueil. L'association de ces trois éléments de définition place le MNA dans une situation de particulière vulnérabilité. Chaque élément le définissant correspond à une catégorie de personne vulnérable, la vulnérabilité de ce mineur particulier est alors certaine et admise en droit international comme en droit européen. Si le MNA est défini de manière explicite malgré une terminologie mouvante dans l'ordre juridique internationale et européen par des instruments traitant directement de sa protection juridique, d'autres instruments viennent s'appliquer de manière sectorielle à ce mineur.

B. L'application spécifique de textes de droit international et européens majeurs au mineur non accompagné

Le MNA se définit par son caractère d'étranger, sa minorité et son isolement. Le droit international des réfugiés vient protéger certains étrangers à savoir les réfugiés. La protection des mineurs est organisée en droit international par la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'AGNU le 20 novembre 1989 à New York (1). La région européenne s'est également dotée d'instruments de protections des MNA en appliquant les textes de protection européenne des droits de l'homme à leur situation particulière (2).

1. Un mineur protégé par la Convention de New York

Fort de son nombre de ratifications, la CDE comporte un certain caractère universel. En effet, tous les pays ont ratifié cette Convention sauf les États Unis, la Somalie étant le dernier État l'ayant ratifié en

⁵⁶ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1703 (2005) relative à la protection et assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile*, 28 avril 2005.

2015. Une fois ratifiée, l'État partie à la Convention a l'obligation de respecter les droits conférés par le texte sous la surveillance du Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies.

L'article premier de la CDE définit l'enfant par l'état de minorité, celle-ci induit une incapacité ou une capacité juridique limitée. L'état de minorité inclue l'enfant à un régime de protection juridique internationale exposé par la CDE. Le MNA étant, par définition, mineur celui-ci relève de cette protection internationale. La minorité est définie par opposition à la majorité acquise au plus tard à 18 ans. Il est possible qu'elle soit acquise avant 18 ans en raison de la loi applicable de l'État. Néanmoins, certains États comme l'Argentine, le Bahreïn, le Cameroun, l'Égypte, le Gabon, la Guinée, Madagascar, Singapour ou encore l'État du Mississippi aux États Unis placent l'âge de majorité à 21 ans. En Algérie, la majorité intervient à l'âge de 19 ans pour les hommes et 20 ans pour les femmes. La grande majorité des États ayant défini l'âge du passage à la majorité à 18 ans, la CDE est venue confirmer cette limite supérieure à l'état de minorité. Il convient de relever la difficulté de cette limite pour certains mineurs pouvant croire bénéficier du régime protecteur de la minorité car étant considérés mineur dans leur État d'origine. Un jeune gabonais âgé de 20 ans arrivant en France pensant relever du régime juridique de l'enfant peut se voir refuser l'accès à ce régime si la loi française est applicable. La limite d'âge supérieure pour être considéré comme mineur n'est alors pas favorable pour tous les jeunes. Une différence de traitement pourrait alors induire une rupture du principe d'égalité⁵⁷. Ce dernier est pourtant identifié comme le corolaire du principe de non-discrimination⁵⁸ à dimension universelle depuis l'adoption de la DUDH en 1948.

D'après l'article second de la CDE, les États signataires ont l'obligation de respecter les droits conférés à l'enfant par le texte pour « tout enfant relevant de leur juridiction ». L'application de la CDE aux MNA est restée longtemps imprécise. Le Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies est venu affirmer en 2005 que « les obligations qui incombent à un État en vertu de la Convention s'appliquent à l'intérieur de ses frontières, y compris à l'égard des enfants qui passent sous sa juridiction en tentant de pénétrer sur son territoire »⁵⁹. Les MNA bénéficient alors de la protection internationale de l'enfant. Le second élément de définition du MNA à savoir qu'il soit étranger ne lui retire pas la protection conférée par la CDE.

Le troisième élément de définition du MNA est son isolement. L'enfant devrait avoir un représentant légal permettant sa représentation afin de palier à son incapacité juridique. Le MNA est privé de cette représentation. L'article 20 de la CDE prévoit l'obligation de l'État d'accorder « une protection et une aide spéciales » à l'enfant « qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu ». L'isolement du mineur doit entraîner une protection spéciale de l'État. Le MNA du fait de son isolement relève du champ d'application de cet article 20 comme l'a confirmé le Comité des Droits de l'Enfant⁶⁰. Ainsi, le MNA relève, par définition, du champ d'application de la CDE, une protection spécifique doit lui être accordé par les États parties à la Convention.

La CDE consacre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant considéré comme fondamental en droit de l'enfant en son article 3. Ce dernier naît lors de la Conférence de La Haye sur la tutelle des mineurs en 1902. Puis le « lien systématique » entre la protection de l'enfance et l'intérêt supérieur de l'enfant est fait par le second principe de la Déclaration de l'AGNU sur les droits de l'enfant en 1959⁶¹. En 1989, la CDE estime que ce principe doit être une « considération primordiale » dans la sphère publique s'agissant des « institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs »⁶². L'intérêt supérieur de l'enfant doit également guider la sphère privée s'agissant de ses « parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux »⁶³. Si cette notion

⁵⁷ Principe énoncé dans le Préambule de la Charte des Nations Unies adoptée par l'AGNU le 26 juin 1945.

⁵⁸ AGNU, *Résolution 217 (III), Déclaration universelle des droits de l'homme*, A/RES/217(III), 10 décembre 1948, article 2.

⁵⁹ Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §5.

⁶⁰ Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §39.

⁶¹ F, CAPELIER, *Comprendre la protection de l'enfance: L'enfant en danger face au droit*, Malakoff, Dunod [en ligne], 4 mars 2015, p. 46.

⁶² AGNU, CDE, 20 novembre 1989, article 3 §1.

⁶³ AGNU, CDE, 20 novembre 1989, article 18 §1.

est considérée comme étant fondamentale dans le cadre de la promotion et la protection des droits de l'enfant, elle n'est pas définie par la Convention. Le manque de définition claire et précise donne une large marge d'interprétation et une effectivité du principe amoindrie. Selon l'AGNU, l'intérêt supérieur de l'enfant doit régir le cadre opérationnel de réponse aux droits et besoins de l'enfant devant prendre en compte « leur épanouissement personnel et leurs droits dans leur environnement familial, social et culturel et de leur statut en tant que sujets de droits, tant au moment de la détermination qu'à plus long terme »⁶⁴. Enfin, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies est venu définir la notion d'intérêt supérieur de l'enfant en 2013 comme « vise à assurer tant la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus dans la Convention que le développement global de l'enfant »⁶⁵. Il s'agit d'un droit de fond pour l'enfant, un principe juridique interprétatif fondamental et une règle de procédure. L'enfant a un droit à bénéficier de l'évaluation de son intérêt supérieur, ce dernier devant être une considération primordiale s'agissant des décisions le concernant. Il constitue une obligation pour les États parties à la CDE et un droit invocable devant un tribunal. L'intérêt supérieur de l'enfant est un principe devant s'imposer en cas de pluralité d'interprétations possible d'une disposition juridique. Ce principe doit comporter des garanties procédurales s'agissant de son évaluation et détermination. L'affirmation de ce principe au début du XX^{ème} siècle permet à l'enfant de devenir un sujet de droit titulaire de droits subjectifs et non plus un seul objet de droit.

Le HCNUR reconnaît dans ses principes directeurs de 1994 le caractère central de la CDE en tant que cadre de référence pour toute action s'agissant des MNA. Ceux-ci sont des sujets de droit visés par cette Convention. Elle leur permet de bénéficier du principe de non-discrimination visé par son article 2, du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant par son article 3 et à sa participation aux décisions le concernant prévue à l'article 12. Le MNA étant un mineur, il bénéficie des droits accordés⁶⁶ à tous les enfants par la CDE comme droit à la vie et à la survie (article 6), un droit à l'identité (article 7), un droit à la santé (article 24) et bien d'autres encore. Le MNA étant un étranger la CDE lui consacre certains droits spécifiques à savoir le droit d'acquérir le statut de réfugié (article 22) encadré par la Convention de Genève de 1951, le droit d'acquérir une nationalité en cas d'apatridie (article 7), le droit au respect de sa langue, de ses valeurs culturelles et des valeurs nationales du pays duquel il est originaire (article 29.1) et le droit à l'assistance d'un interprète dans les procédures pénales (art. 40.2. b.vi). Enfin, le MNA étant un enfant isolé, il est le destinataire d'une protection et d'une aide spéciales de l'État (article 20). Malgré le caractère universel de la présente Convention, les États parties ont émis de nombreuses réserves d'interprétation encadrant l'application de celle-ci dans leur législation nationale permises par la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁷. La France a notamment émis une réserve excluant l'application de l'article 30 de la CDE en raison de l'incompatibilité avec l'article 2 de sa Constitution. Il dispose que « dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ». L'article 2 de la Constitution française considérant le français comme la langue de la République, l'État français

⁶⁴ AGNU, Résolution 64/142 relative aux lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, A/RES/64/142, 18 décembre 2009, §6 bis.

⁶⁵ Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, 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), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, I. A.

⁶⁶ Un droit à l'identité (article 7), un droit à la vie familiale (articles 8 et 9) et sa réunification (article 10), un droit d'être protégé contre l'enlèvement international (article 11), un droit d'exprimer librement son opinion lorsqu'il est capable de discernement en fonction de son âge, sa maturité dans toute procédure judiciaire le concernant (article 12), un droit à la liberté d'expression (article 13), de religion (article 14) et d'association (article 15), un droit au respect de la vie privée et familiale (article 16), un droit d'être protégé contre les mauvais traitements (article 19), un droit à la santé (article 24), un droit de jouir d'un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social (article 27), un droit à l'éducation (articles 28 et 29), un droit à ne pas être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe constitué de minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou de personnes d'origine autochtone (article 30), un droit d'être protégé contre toute exploitation économique et tout travail contraire à sa santé (article 32), contre la consommation de stupéfiants (article 33), l'exploitation sexuelle (article 34), contre la torture, les mauvais traitements, la privation de liberté perpétuelle, la peine de mort (article 37 a. b. c) (droits faisant l'objet du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants adopté le 25 mai 2000 par la Résolution A/RES/54/263 adoptée par l'AGNU le 29 août 2000), un droit à la défense (article 37.d), un droit à la non participation des enfants de moins de quinze ans à des conflits armés (article 38) (Droit faisant l'objet du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés adopté par l'AGNU le 25 mai 2000 adopté le 25 mai 2000 par la Résolution A/RES/54/263 adoptée par l'AGNU le 29 août 2000) et un droit à une justice pénale spéciale tenant compte de son âge et de sa réintégration dans la société, l'évitement d'une peine privative de liberté (article 40).

⁶⁷ Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, articles 19, 20 et 21.

maintient sa réserve d'application en dépit de la demande du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de la retirer⁶⁸.

Ainsi, le MNA est un sujet détenteur d'une protection juridique internationale au regard de la CDE, nombre de droits lui sont accordés. Le respect de ces droits est surveillé par le Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies. Le MNA ayant vu ses droits violés peut invoquer la CDE devant les juridictions nationales. Depuis l'adoption du nouveau protocole facultatif à la CDE en 2011 par l'AGNU⁶⁹, un mécanisme de plainte individuelle devant le Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies existe pour chaque enfant estimant avoir subi une violation de ses droits par un État partie au protocole. S'il détient une protection internationale pour le respect de ses droits fondamentaux, une protection européenne de ses droits fondamentaux lui est également accordée à travers l'application sectorielle de textes européens.

2. L'application spécifique des textes de la région européenne

Le MNA est protégé par les instruments conventionnels adoptés par le Conseil de l'Europe. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée le 4 novembre 1950 par le Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 et ses Protocoles additionnels 1, 4, 6, 7, 12, 13 et 16 forment la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette dernière constitue l'instrument principal de protection européenne des droits de l'homme. La CEDH est garante des droits conférés aux individus par cette Convention. Elle protège les bénéficiaires de ces droits d'éventuelles violations. L'article premier de la Convention oblige les États parties à respecter les droits de l'homme conférés par celle-ci de « toute personnes relevant de leur juridiction ». Il est désormais de jurisprudence constante qu'une condition de nationalité n'est pas exigée s'agissant de la recevabilité d'une requête devant la Cour. Le MNA lorsqu'il se trouve sur le territoire d'un État partie à la CEDH est alors bénéficiaire de l'ensemble des droits conférés par celle-ci. Si ce texte de droit international ne confère pas de droit spécifique au mineur et plus particulièrement au MNA, il protège les droits de l'homme dont bénéficie chaque MNA présent sur le territoire d'un État partie à la Convention. Le MNA étant un étranger bénéficie cependant du principe de non refoulement interdisant à un État partie à la CEDH de refuser l'accès à son territoire s'il existe un risque de mauvais traitements ou de torture⁷⁰.

Le MNA présent sur le territoire européen est également titulaire de droit économiques et sociaux conférés par la CSE adoptée par le Conseil des ministres en 1996 dans sa version révisée. Ce texte considéré comme le pendant de la CEDH vient la compléter en reprenant les droits de l'enfant présents dans la CDE comme le droit d'être protégé contre les dangers (article 7. 10), le droit à la protection de la santé (article 11), le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique (article 17) ou encore le droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance (article 19). Le respect de ces droits est surveillé par le Comité européen des droits sociaux à travers les procédures des rapports nationaux ou des réclamations collectives⁷¹. Aussi, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en tant que fervent défenseur des droits de l'enfant a adopté nombreuses Conventions protégeant de manière particulière ses droits. Il a ainsi adopté la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant le 25 janvier 1996 et la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants le 15 mai 2003. Ces Conventions viennent renforcer l'obligation des États parties de respecter les droits de l'enfant conférés par la CDE. De plus, la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant n'autorise pas l'émission de réserves d'interprétation. Si les Conventions européennes protégeant les droits de l'enfant sont nombreuses, aucune ne protège spécifiquement les droits des MNA. Le MNA est toutefois le destinataire de plusieurs textes adoptés par le Conseil de l'Europe depuis quelques années parce qu'étant reconnu comme un enfant

⁶⁸ Conseil économique et social, *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008, §50.

⁶⁹ AGNU, *Résolution 66/138, Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, A/RES/66/138, 19 décembre 2011.

⁷⁰ CEDH, Grande Chambre, *Chahal c. Royaume-Uni*, n°22414/93, 15 novembre 1996.

⁷¹ Ajoutée par le Protocole additionnel prévoyant un système de réclamations collectives – STE n° 158 adopté par le Conseil de l'Europe le 9 novembre 1995.

particulièrement vulnérable. En l'absence de texte général de protection du MNA, chaque recommandation adoptée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe vient alimenter de manière sectorielle sa protection juridique. Elle a énoncé dix principes directeurs devant encadrer la rétention administrative des demandeurs dans sa résolution 1707⁷² ayant donné lieu à l'adoption de la recommandation 1900 concernant la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe en 2010⁷³. Elle recommande au Comité des ministres l'adoption de règles minimales en la matière et surtout l'interdiction de la rétention des mineurs. Cette interdiction, est rappelée dans sa recommandation 1969, initiée par la résolution 1810, où elle rappelle l'importance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'interdiction du refoulement et garantit l'accès aux procédures d'asiles, la recherche de solutions durables et le regroupement familial. L'Assemblée a rappelé et encadré le respect des droits fondamentaux des MNA dans sa recommandation 1985⁷⁴ aux États membres. Plus récemment, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur un régime de tutelle efficace pour les enfants non accompagnés et les enfants séparés dans le contexte de la migration en 2019. Enfin, il convient de mentionner la reconnaissance de la vulnérabilité du MNA par la CEDH en 2006⁷⁵. Du fait de sa particulière vulnérabilité, le MNA fait objet de l'inquiétude du Conseil de l'Europe en tant que défenseur des droits de l'homme. Sa triple vulnérabilité est prise en compte par ce Conseil qui agit de manière sectorielle sur sa protection.

Au sein de l'Union européenne, la CDFUE est un instrument supplémentaire et complémentaire à la CEDH. Les droits conférés dans la Charte sont protégés par la CJUE. A l'instar de la CEDH aucune condition de nationalité n'empêche un étranger de déposer une requête devant la CJUE s'il estime qu'un acte de l'Union viole un de ses droits fondamentaux conférés par la Charte. Le respect de la Charte est devenu contraignant depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009. Si elle ne confère pas de droits spécifiques aux MNA, elle reprend les droits contenus dans la CDE. En particulier, elle rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la « considération primordiale » en son article 24 paragraphe second. Elle consacre également le principe de non refoulement, qui ne peut être soumis à aucune dérogation en cas de risque sérieux de peine de mort, torture ou traitements inhumains et dégradants en son article 19 paragraphe second. Le MNA est protégé en vertu de l'application spécifique d'instrument de droit primaire. Le droit dérivé de l'Union européenne protège également de manière sectorielle le MNA. En effet, ont été adoptées la directive 2011/95 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne le 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, la directive 2013/32 du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale ou encore la directive 2013/33 du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

Ainsi, au regard de la définition internationale du MNA, celui-ci bénéficie de plusieurs protections à savoir celle accordée aux réfugiés et celle accordée aux mineurs. La notion de MNA reposant sur l'extraterritorialité, la minorité et l'isolement, il est conféré à cet individu particulier des protections spécifiques associées. Le MNA relève également de la protection européenne des droits de l'homme sans pour autant faire l'objet d'un texte général organisant la protection de ses droits fondamentaux. Il est alors bénéficiaire de la protection européenne générale des droits de l'homme même si l'application spécifique des instruments européens le protège de manière sectorielle. La prise en compte tardive du MNA à la fois par le droit international et le droit européen explique la pluralité de ses protections juridiques voulant remédier à la particulière vulnérabilité de ce mineur. Si la notion de MNA est définie dans l'ordre juridique international et européen, cette notion ne l'est pas en droit français.

⁷² Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Résolution 1707 (2010) relative à la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe*, 28 janvier 2010.

⁷³ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1900 (2010) relative à la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe*, 28 janvier 2010.

⁷⁴ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1985 (2011) nommée « Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude »*, 7 octobre 2011.

⁷⁵ CEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006, §55.

§2. L'absence de définition du mineur non accompagné en droit français

En droit français, la protection du mineur trouve ses origines dans l'action de l'Église catholique en faveur des plus faibles au II^{ème} siècles après Jésus Christ. La protection des enfants trouvés, abandonnés est grandissante jusqu'à ce qu'elle soit organisée par l'Assistance publique à partir de la Révolution de 1889. Il s'agit des prémices de l'ASE connue aujourd'hui pour son action de protection des mineurs. Après avoir oeuvré à la protection des mineurs français et accompagnant un contexte de migration internationale le nouveau défis de la protection de l'enfance est celui des MNA. Au regard du difficile exercice de définition de la notion de MNA en droit international et européen, rares sont les États membres de l'Union européenne s'y étant risqué. La Belgique fait figure d'exception en intégrant une définition du mineur étranger non accompagné dans sa législation nationale⁷⁶. La législation française ne définit pas la notion de « MNA ». Une telle expression n'est d'ailleurs que peu utilisée par les institutions au profit de celle de « mineur isolé étranger ». En l'absence de définition de la notion, le droit français considère le MNA comme un mineur auquel il accorde une protection générale (A) et comme un individu particulièrement vulnérable auquel il accorde une protection particulière (B).

A. Le mineur non accompagné : un mineur protégé par le droit français

La seule minorité du MNA permet l'accès en droit français à une protection juridique même si celui-ci n'est pas un mineur français (1) dans laquelle le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant se voit reconnaître une importance croissante (2).

1. L'application du régime commun de la protection de l'enfance au mineur étranger

La minorité est définie en droit français par opposition à la majorité par un découpage objectif d'une réalité empirique⁷⁷. L'âge de passage à la majorité en France est de 18 ans. L'article 388 du Code civil considère tout individu mineur jusqu'à l'âge de 18 ans. L'individu âgé de moins de 18 ans accomplis dispose d'une capacité juridique limitée en droit français. Le mineur est incapable juridiquement afin d'éviter qu'il subisse des conséquences d'engagements pris sans discernement. Cette vulnérabilité inhérente à la minorité de l'enfant implique qu'il soit protégé juridiquement. Le droit de la protection de l'enfance est complexe car le sujet est traité par multiples domaines juridiques. En effet, le droit privé organise les régimes de l'autorité parentale, de l'administration légale, de la tutelle, de l'adoption et de l'assistance éducative lorsque le droit public organise le droit de l'ASE, de l'adoption et de la santé publique. Le droit pénal vient considérer de manière croissante la vulnérabilité du mineur pour organiser un régime particulier et adapté à lui à partir de 1912⁷⁸. Il est d'ailleurs souvent entendu par l'expression « justice des mineurs » un régime de justice pénale adaptée au mineur. Le droit de la protection de l'enfance relève alors de six Codes différents en droit français à savoir le Code civil, le Code de procédure civile, le CASF, le Code de la santé publique, le Code pénal et le Code de procédure pénale⁷⁹.

Le MNA ou selon la terminologie française mineur isolé étranger n'est pas de nationalité française. Il s'agit de prime abord d'un mineur étranger arrivé sur le territoire français. L'élément d'extranéité ne justifie pas l'exclusion de ce mineur du régime de la protection de l'enfance. En effet, les dispositions relatives à la protection de l'enfance ont été reconnues comme des lois de police par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 27 octobre 1964⁸⁰. Une loi de police est définie

⁷⁶ Loi-programme (I), Titre XIII, Chapitre VI : Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, article 479, section 3, article 5.

⁷⁷ D., LOCHAK, « La race : une catégorie juridique ? », *Mots: les langages du politique*, ENS Éditions, Lyon, 33 (1), 1992, p. 291.

⁷⁸ La loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée a créé une juridiction pour enfant ainsi qu'une adaptation de la peine au regard de l'âge en privilégiant les mesures éducatives aux répressives. L'ordonnance du 2 février 1945 n° 45-174 relative à l'enfance délinquante confirme cette justice adaptée aux mineurs. Un mineur ne peut qu'être jugé par le tribunal pour enfant ou la cour d'assise des mineurs (article 1), des mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation appropriées y sont prononcées (article 2).

⁷⁹ Le code de justice pénale des mineurs (intégrant les dispositions de procédure pénale et de droit pénal applicables aux mineurs) devait entrer en vigueur le 1er octobre 2020. Son entrée en vigueur est reportée en raison de la crise sanitaire.

⁸⁰ Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 27 oct. 1964, *Bull.* civ. I, n° 472.

comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » à l'article 9 du règlement dit « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁸¹. Cette définition donnée par Ph. Francescakis⁸² s'applique au régime de protection de l'enfance parce qu'il s'agit d'une disposition impérative dont le respect a été jugé crucial par la France pour la sauvegarde de son organisation sociale. Un mineur étranger bénéficiera de la protection de l'enfance sur le territoire français au même titre qu'un mineur français en raison de l'application de la loi française plutôt que de la loi du pays d'origine du mineur étranger. Avant, la ratification de la CDE par la France, la protection de l'enfance s'appliquait alors déjà au mineur étranger en application du droit international privé.

L'absence de condition de nationalité à l'entrée dans le régime de la protection de l'enfance est une conséquence de l'application du principe de non-discrimination aux mineurs. Une inégalité de traitement entre deux mineurs en raison de la différence de nationalité constitue une violation du principe de non-discrimination étant le corollaire du principe d'égalité. Aussi, la CDE n'a pas distingué une protection de l'enfant national et une protection de l'enfant étranger. L'article 20 de la CDE entend s'appliquer à « tout enfant ». L'article 2 de la CDE engage les États parties à respecter la CDE c'est-à-dire faire entrer l'enfant dans le régime de protection de l'enfance sans distinction de nationalité. Cette application du régime de la protection de l'enfance au mineur étranger est traduite à l'article L111-2 du CASF. Il permet aux étrangers l'accès aux prestations d'ASE, à l'aide sociale en cas d'admission dans un centre d'hébergement et de réinsertion sociale et à l'aide médicale de l'État.

Si le MNA est défini par sa minorité lui permettant l'accès à la même protection de l'enfance d'un mineur national, les droits de l'enfant internationalement reconnus ne sont pas toujours pourvus d'effet direct en droit français. Néanmoins, le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant en termes de protection des droits de l'enfant occupe une place de plus en plus importante dans le droit français.

2. La prise en compte exponentielle de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit français

Suivant l'entrée en vigueur de la Constitution française du 4 octobre 1958 instituant la V^{ème} République française, le droit français s'inscrit dans une tradition moniste⁸³. Le monisme n'accompagne pas nécessairement une supériorité du droit international sur le droit interne même s'il produit des effets dans ce dernier. L'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Le droit international par le biais des traités et accords revêt un caractère supérieur aux lois. La CDE est un accord international autour d'un consensus trouvé par nombre d'États sur les droits de l'enfant. Celle-ci a été signée par la France le 26 janvier 1990 puis ratifiée le 7 août 1990 à la suite de la loi du Parlement du 2 juillet 1990 ayant autorisé la ratification conformément à l'article 53 de la Constitution. Le Convention devrait être dotée d'une force juridique supérieure à celle de la loi et la jurisprudence française à la condition qu'elle se suffise à elle-même. Autrement dit, la Convention doit être exprimée en des termes suffisamment clairs et précis pour pouvoir être directement applicable en droit français sans qu'il y ait de transposition.

La notion de l'applicabilité de la CDE dans le droit français est complexe en raison de son caractère général et imprécis. En effet, s'agissant d'une Convention internationale protégeant les droits d'une catégorie juridique de personnes physiques, la volonté première est de recouvrir le plus de situation possible. En étant le plus général possible, le texte peut perdre de sa précision. Du fait de ce caractère imprécis, la jurisprudence française estime qu'un contrôle de la précision de chaque droit conféré à l'enfant dans la CDE est nécessaire. Article par article elle déclare les dispositions de la Convention

⁸¹ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, (CE) N ° 593/2008, 17 juin 2008, article 9.

⁸² P., FRANCESCAKIS, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux du comité français de droit international privé* [en ligne], 27-30, Comité Français du Droit International Privé, 1970, p. 165.

⁸³ H., KELSEN, « La transformation du droit international en droit interne », *Revue générale de droit international public* [en ligne], 1936, p. 5.

pourvues d'un effet direct ou non. Il convient de reconnaître que nombre d'articles présents dans la CDE ne sont reconnus d'effet direct en droit français ni par la Cour de cassation ni par le Conseil d'État. Effectivement, dans le cadre du cinquième examen périodique universel sur la France, l'État français a été auditionné en 2016 par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies concernant sa mise en oeuvre de la CDE. Les juges judiciaires et administratifs ne sont donc pas toujours en accord dans la portée accordée en droit français aux droits conférés par la CDE.

Dans le cadre de l'examen périodique universel suivant, le Comité des droits de l'enfant s'est satisfait de constater que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ait été érigé en principe constitutionnel et que la Cour de cassation et le Conseil d'État ait une position commune à son sujet⁸⁴. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion indéfinie, vaste et imprécise. Il doit se comprendre comme une considération qui « devra être l'un des premiers éléments à prendre en compte et peser son poids dans toutes les décisions concernant les enfants »⁸⁵. La consécration du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant résulte d'un long et sinueux débat jurisprudentiel. D'un côté, la Cour de cassation a dénié tout effet direct de la CDE s'agissant du principe d'intérêt supérieur de l'enfant dans l'arrêt *Le jeune* rendu le 10 mars 1993⁸⁶. Les juges ont considéré en ces mots « que les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette Convention, qui ne crée des obligations qu'à la charge des États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne ». De manière explicite, la Cour a considéré que la CDE n'est pas d'applicabilité directe en droit interne, sans transposition de ses dispositions elle ne peut être invoquée par un particulier devant un tribunal. La Cour est longtemps restée réticente à l'idée de conférer une applicabilité directe de la CDE dans le droit français. Par revirement de jurisprudence à travers deux arrêts de principe rendus le 18 mai 2005⁸⁷, la Cour a reconnu l'effet direct du principe dans l'ordre judiciaire. Le premier arrêt⁸⁸ était relatif à un divorce international entre une mère de nationalité américaine et un père de nationalité française. Leur fille capable de discernement a demandé à être entendue. La Cour fonde alors pour la première fois son arrêt de cassation sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant le prenant en « considération primordiale ». Le second arrêt⁸⁹ rejette le pourvoi considérant que la Cour d'appel d'Aix en Provence « a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3.1 de la Convention ». Par cet arrêt, la Cour a également reconnu l'effet direct de l'article 12 second paragraphe de la CDE à savoir le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant directement ou par représentation. D'un autre côté, le Conseil d'État a reconnu l'effet direct du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en 1997 dans l'arrêt *Demoiselle Cinar*⁹⁰. Cet arrêt s'inscrit dans un climat de doute quant à l'invocabilité directe de la CDE en droit français après le refus de considérer d'effet direct le droit de l'enfant de vivre avec sa famille (article 9)⁹¹ et le droit de vie privée et familiale (article 16)⁹². L'effet direct du principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est d'ailleurs dénié par la suite par l'arrêt *Mme Mosquera*⁹³, que le Conseil a contredit dernièrement par un arrêt rendu le 5 février 2020⁹⁴ reconnaissant implicitement l'effet direct du principe.

Face à l'incertitude jurisprudentielle française et à l'importance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit international, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la valeur de celui-ci en droit

⁸⁴ Conseil des droits de l'homme, « Compilation concernant la France : Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme », A/HRC/WG.6/29/FRA/2, 13 novembre 2017, §56.

⁸⁵ T., HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes* [en ligne], n° 303, mars 2011, p. 11.

⁸⁶ Cour de cassation, 1ère Civ., 10 mars 1993, *Bull.* 1993, I N° 103, pourvoi n° 91-11310, §3.

⁸⁷ Cour de cassation 1ère Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et Cour de cassation, 1ère Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613.

⁸⁸ Cour de cassation 1ère Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613.

⁸⁹ Cour de cassation, 1ère Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613.

⁹⁰ CE, *Dlle Cinar*, 22 septembre 1997, n°161364, *Leb.*

⁹¹ CE, *Préfet de la Seine-maritime*, 29 juillet 1994, n°143866, *Leb.*

⁹² CE, *Demirpence*, 10 mars 1995, n° 141083, *Leb.*

⁹³ CE, *Mme Mosquera*, n° 213745, 6 juin 2001, *Leb.*

⁹⁴ CE, n° 428478, 5 févr. 2020 cité par PASTOR, J.-M., « Le Conseil d'État valide en l'encadrant le décret créant le fichier des mineurs isolés », *Dalloz actualité*, 07 février 2020.

français. Il ne s'agit pas de la première intervention des juges constitutionnels relative à ce principe⁹⁵ mais de la première fois que l'expression tirée du droit international est utilisée. Les juges constitutionnels refusent d'exercer un contrôle des normes françaises au regard des engagements internationaux de la France. Ceux-ci se sont fondés sur les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 pour poser une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Préambule de la Constitution de 1946 faisant partie intégrante du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel peut fonder l'émergence de ce nouveau principe à valeur constitutionnelle. L'alinéa 10 oblige la Nation à assurer à l'individu comme à la famille les « conditions nécessaires à leur développement ». L'alinéa 11 oblige la Nation à garantir à tous, en particulier l'enfant, « la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Le lien entre les dispositions pré-citées et le principe d'intérêt supérieur de l'enfant paraît lointain mais il a permis au Conseil de fonder la reconnaissance constitutionnelle. Élargir la source du principe au onzième alinéa permet d'élargir sa protection au delà du cadre familial⁹⁶. Découle de ce principe une exigence constitutionnelle à ce que « les mineurs sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge ». Elle est générale et autonome et devient la « clef du contrôle de constitutionnalité »⁹⁷. Lorsque le Conseil opère le contrôle de constitutionnalité, il mène une conciliation entre une liberté et sa dérogation au regard du principe de proportionnalité. La reconnaissance d'un principe à valeur constitutionnelle permet une protection renforcée de celui-ci en raison du caractère subjectif de la conciliation. Le contrôle de proportionnalité est entier lorsque le principe visé est plus fortement protégé et ne se limite pas à l'examen de l'erreur manifeste d'appréciation.

Le MNA étant par définition étranger, il était question de se demander si la loi française de la protection de l'enfance s'applique à lui. Elle l'inclue à la protection de l'enfance comme tout enfant national. La traduction des droits de l'enfant reconnus dans l'ordre juridique international en droit interne n'est pourtant pas si évidente. Certains droits contenus dans la CDE ne sont ainsi pas reconnus d'effet direct en droit français c'est-à-dire que le mineur ne pourra pas l'invoquer devant un tribunal. Cependant, le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant est d'effet direct en droit français. Plus encore, ce principe revêt depuis peu une valeur constitutionnelle. Si le MNA semble relativement protégé par le droit français du fait de sa vulnérabilité due à sa minorité, l'isolement de ce mineur accentue cette vulnérabilité et lui permet une protection renforcée.

B. Le mineur non accompagné : un mineur particulièrement protégé du fait de sa vulnérabilité

Le MNA se définit par son isolement. L'absence de référent légal entraîne son exposition aux dangers d'une vie d'enfant sans parents. Si le droit français lui permet aussi d'être protégé en tant que mineur, il lui permet d'accéder à une protection particulière relative à sa situation de danger (1). Malgré le risque qu'entraîne l'isolement d'un mineur, le droit français ne prend en compte que depuis peu cette situation s'agissant des MNA (2).

1. Une protection renforcée justifiée par une situation de danger

Tout d'abord, il convient de rappeler que l'article 20 alinéa premier de la CDE oblige l'État français à protéger spécialement le mineur isolé. Effectivement, l'article précité dispose que « tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'État ». La CDE et les dispositions relatives à la protection de l'enfance s'appliquent de la même manière au mineur national qu'au mineur étranger. Les juges du Conseil d'État avaient affirmé explicitement l'absence d'effet direct de l'article 20 de la CDE en droit français excluant ainsi son invocation par un particulier devant un

⁹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

⁹⁶ Conseil constitutionnel, Commentaire Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, p. 19.

⁹⁷ H., FULCHIRON, « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Recueil Dalloz* 2019 [en ligne], 11 avril 2019, p.709.

tribunal⁹⁸. Cependant, les juges administratifs ont opéré un revirement de jurisprudence en la matière. En effet, le 5 mars 2020 est rendue une décision relative à la légalité d'un décret sur la création d'un fichier traitant des données à caractère personnel relatif aux MNA. Si la légalité de la création d'un tel fichier n'est pas remise en cause (voir partie sur fichier biométrique), les juges ont fondé notamment leur décision sur l'article 20 de la CDE au même titre que sur le Préambule de la Constitution de 1946⁹⁹. L'applicabilité directe de cet article une fois reconnue, il produit des effets directs en droit français.

Ensuite, le mineur étranger isolé bénéficiant au même titre que le mineur français isolé de la protection et de l'aide spéciale de l'État français, ce dernier a instauré une protection double de l'enfance en danger à savoir administrative et judiciaire. Le mineur est considéré en danger lorsque sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger ou que sont gravement compromises les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social selon l'article 375 alinéa premier du Code civil¹⁰⁰. En 2007, le législateur était intervenu pour clarifier les objectifs de la protection de l'enfance¹⁰¹. Il a ainsi octroyé à la protection de l'enfance un but de prévention des difficultés découlant de l'isolement du mineur¹⁰². L'isolement du MNA est reconnu notamment pour « valider la prise en charge des mineurs étrangers isolés »¹⁰³. Le service de l'ASE¹⁰⁴ doit signaler les informations préoccupantes relatives aux mineurs à la Cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes. Cette cellule a également été créée par la même loi du 6 mars 2007 chargeant le président du conseil départemental de recueillir, de traiter et d'évaluer les informations préoccupantes concernant les enfants en danger ou en risque de danger. Suite au signalement, malgré l'absence d'accord des tuteurs légaux du fait de l'isolement et avant toute décision judiciaire, l'ASE peut prendre en charge provisoirement le mineur¹⁰⁵.

Depuis la loi du 16 mars 2016 relative à la protection de l'enfance¹⁰⁶, sa mission de protection est précisée. Elle consiste notamment en la garantie de « la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits »¹⁰⁷. Aussi, cette nouvelle loi intègre la prise en compte de la situation de danger définie à l'article 375 du Code civil aux missions de la protection de l'enfance¹⁰⁸. En raison de sa minorité et de son isolement, le MNA se trouve dans une situation de danger. La protection administrative de ce mineur particulièrement vulnérable est permise et clarifiée.

Enfin, l'arrivée sur le territoire français sans référent adulte du MNA l'expose à un manque d'encadrement et d'information pour avoir accès à de bonnes conditions d'éducation et de développement. A l'évidence, ces conditions sont gravement et entièrement compromises pour ce jeune. Celles-ci caractérisent également une situation de danger pour laquelle le juge des enfants¹⁰⁹ est compétent pour prononcer une mesure d'assistance éducative¹¹⁰. Sa saisine est possible par le mineur lui-même¹¹¹, le procureur de la République, le service en charge du mineur, son tuteur ou encore par le

⁹⁸ CE, 24 août 2011, n° 320321, considérant 7.

⁹⁹ CE, 5 février 2020, n° 428478 et 428826, considérant 12.

¹⁰⁰ L'article 375 du Code civil a pour origine l'ordonnance n° 58-1301 prise par le président du conseil des ministres le 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger qui élargissait la compétence du juge des enfants. La notion de danger a été ajoutée plus tard. L'existence des mesures d'assistances éducatives persiste, elle fonde la protection judiciaire des mineurs en danger.

¹⁰¹ Loi réformant la protection de l'enfance, n° 2007-293, 5 mars 2007.

¹⁰² CASF, article L.112-3 al. 5.

¹⁰³ P, VERDIER, « La loi réformant la protection de l'enfance : une avancée de la protection, un recul des droits », *Journal du droit des jeunes* [en ligne], n° 265, 2007, p. 22.

¹⁰⁴ L'ASE est un service non personnalisé du département selon l'article L221-1 du CASF. L'ASE était gérée par l'État jusqu'à l'adoption des lois de décentralisation dont celle du 22 juillet 1983 (Loi complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, n° 83-663, 22 juillet 1983).

¹⁰⁵ CASF, article L223-2 al. 2.

¹⁰⁶ Loi relative à la protection de l'enfant, n° 2016-297, NOR: FDFX1507648L, 14 mars 2016.

¹⁰⁷ CASF, article L.112-3 al. 1.

¹⁰⁸ CASF, article L. 112-3 al. 2.

¹⁰⁹ Le juge pour enfants est institué par l'ordonnance du 2 février 1945 n° 45-174 dans un souci d'adaptation de la justice au mineur et exerce les fonctions de juge d'instruction, juge de fond et juge de l'application des peines pour le mineur.

¹¹⁰ Code civil, article 375 al. 1.

¹¹¹ Cour de cassation, 1ère Civ., 21 novembre 1995, pourvoi n°94-05102, *Bull.* 1995, I, N° 418, §2.

juge lui-même¹¹². Il apprécie souverainement les critères du danger au regard de l'article 375 du Code civil.

Ainsi, le MNA est protégé par le droit français à travers le régime particulier de la protection de l'enfance en danger. L'absence de définition de la notion a longtemps empêchée sa prise en compte juridique. L'état de vulnérabilité dans lequel il se trouve permet de caractériser le danger et la nécessité d'une prise en charge urgente. Si la situation de danger du MNA vient particulièrement de son isolement, le droit français ne l'a considéré que récemment.

2. La prise en compte récente de l'isolement du mineur non accompagné par le droit français

La protection de l'enfance a toujours eu comme objectif de protéger les enfants abandonnés, trouvés c'est-à-dire des enfants privés de milieu familial. Longtemps entendu sous cette forme, le mineur isolé a récemment été défini par le droit français. En effet, l'arrêté ministériel du 17 novembre 2016 considère qu'une « personne est considérée comme isolée lorsque aucune personne majeure n'en est responsable légalement sur le territoire national ou ne le prend effectivement en charge et ne montre sa volonté de se voir durablement confier l'enfant, notamment en saisissant le juge compétent »¹¹³. La définition paraît restrictive puisque caractériser l'absence de responsable légal sur le territoire ne permet pas à remplir les conditions de l'isolement¹¹⁴. Il faut également que le responsable légal ne le prenne effectivement pas en charge. Cet ajout conditionnant l'isolement du mineur s'accompagne néanmoins de la nécessité de prouver cette prise en charge effective comme par la saisine du juge compétent par le responsable légal mentionné. Un mineur peut alors être isolé en fait c'est-à-dire être en l'absence de responsable légal sur le territoire français mais ne pas l'être en droit en raison des démarches faites par son responsable légal de l'étranger pour sa prise en charge. Il convient de reconnaître l'inclusion possible des MNA ainsi que des mineurs séparés définis par le droit international et européen dans cette définition de l'isolement.

La Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt rendu le 16 novembre 2017 sur l'isolement d'un MNA¹¹⁵. En l'espèce, un juge des enfants a prononcé la main levée d'un placement provisoire d'urgence à l'ASE par le procureur de la République d'un mineur né en Albanie arrivé seul France. La Cour d'appel a confirmé ce retrait de protection en raison de l'absence de situation de danger pour le mineur. Selon elle, les parents se trouvant en Albanie et exerçant l'autorité parentale et l'enfant disposant de relations sociales et familiales l'enfant n'était pas en danger. La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry pour ne pas avoir recherché « si le mineur disposait d'un représentant légal sur le territoire national ou était effectivement pris en charge par une personne majeure ». Autrement dit, la Cour d'appel n'a pas recherché si le MNA était isolé. Si la Cour de cassation reprend la définition donnée par l'arrêté du 17 novembre 2016, elle ne fonde pas sa décision sur ce texte. Il est possible d'y voir une volonté de donner à cette définition une importance particulière en la consacrant au plus haut niveau de juridiction de l'ordre judiciaire. La définition existant désormais en droit administratif à travers la publication de l'arrêté du 17 novembre 2016, la Cour de cassation l'assoit dans l'ordre judiciaire. L'isolement ainsi défini a ensuite été repris dans l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 10 janvier 2018¹¹⁶. La Cour a identifié dans cet arrêt l'identique carence du raisonnement de la Cour d'appel de Chambéry. Si l'appréciation de l'évaluation de la minorité d'un MNA a dominé le contentieux judiciaire soumis à la Cour de cassation, celle-ci s'est désormais prononcée en faveur d'une définition large de l'isolement. Plus encore, la Cour de cassation contrôle désormais l'appréciation de la notion d'isolement par les juridictions inférieures. Il s'agit véritablement d'un nouveau moyen de renforcer la protection des MNA puisque l'isolement est l'un des éléments fondant la définition de ces mineurs.

¹¹² Code civil, article 375 al. 1.

¹¹³ Arrêté 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, NOR: JUSF1628271A, 17 novembre 2016, article 1.

¹¹⁴ En ce sens F, JAUTL-SESEKE, « La définition du mineur non accompagné », *Revue critique de droit international privé* 2018 [en ligne], n° 4, 18 février 2019, p. 810.

¹¹⁵ Cour de cassation, 1ère Civ, 16 novembre 2017, *Bull.* 2017, pourvoi n° 17-24.072.

¹¹⁶ Cour de cassation, 1ère Civ, 10 janvier 2018, *Bull.* 2018, pourvoi n° 17-26.903, §4.

Ainsi, le MNA est une notion définie par le droit international et le droit de l'Union européenne afin de lui accorder une protection internationale et européenne générale et spécifique. Fort de son universalité, la CDE est l'instrument central de sa protection internationale. A travers les éléments de sa définition, le MNA relève de l'application sectorielle de plusieurs régimes de droit lui conférant ainsi une protection internationale et européenne de ses droits. Il est aussi à comprendre l'ancienneté du régime de la protection de l'enfance à la française comme son actualité au regard des réformes d'adaptation aux problématiques d'époque. Ce régime de protection de l'enfance ne distingue pas les mineurs selon qu'ils soient étrangers ou français et ce avant l'adoption de la CDE au niveau international. Le régime de protection de l'enfance français permet une considération particulière du mineur en situation de danger. Il permet également l'action d'urgence de l'ASE afin de surmonter la situation dangereuse. Le droit français est protecteur des mineurs et, surtout, il considère le mineur comme une personne juridique vulnérable nécessitant protection. La protection des MNA n'est pas à l'époque moderne ce que la protection des enfants trouvés et abandonnés était à l'époque révolutionnaire en raison de l'existence préalable d'un régime de protection. Néanmoins, l'adaptation de ce régime à la problématique récente des MNA est un défi, elle est progressive, lente mais existante. La situation de vulnérabilité exceptionnelle des MNA étant régie dans une volonté de ne pas la distinguer de celle des mineurs isolés français est louable. Le traitement accordé à ces mineurs étrangers n'est malheureusement pas le même au regard de leur détermination comme MNA.

Section 2. De l'évaluation à la détermination du mineur non accompagné

Lorsque la minorité est la condition d'entrée dans le régime de la protection de l'enfance en danger, l'âge devient l'élément principal à connaître s'agissant d'une personne se déclarant mineure non accompagnée. Le témoignage de R. Le Berre, éducatrice pour l'ASE, traduit l'épreuve incertaine de la conviction que doivent affronter les MNA lorsqu'elle dit « Pour tenter de repêcher un peu d'espoir, je me force à me convaincre que tout va aller mieux pour Mathilde désormais. Elle a un bon dossier : des papiers d'identité corrects, une histoire qui tient la route, un visage d'adolescente. Le département a de grandes chances de croire à sa minorité et son isolement, et donc de lui donner une réponse positive à la réception du rapport que nous lui transmettons. C'est sûr, tout va aller mieux, désormais. Elle sera reconnue mineure isolée étrangère et sera placée en foyer pour soigner son corps et ses fantômes »¹¹⁷. Cette éducatrice participe à l'évaluation administrative de l'âge des MNA. La circulaire ministérielle du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers demande à ce que l'évaluation soit basée sur la combinaison d'un faisceau d'indices. Cette méthode juridique est connue pour tendre au plus proche de la vérité. En l'espèce, il s'agit de ne pas faire d'erreur d'évaluation d'âge c'est-à-dire ne pas considérer un mineur majeur ou un majeur mineur. Évaluer un jeune mineur en tant que majeur c'est lui retirer une protection internationale auquel il a droit ce qui n'est pas conforme aux engagements conventionnels de la France. Évaluer un jeune majeur en tant que mineur c'est offrir une protection internationale à une personne qui n'en a pas le droit, celui-ci a donc fraudé le système d'évaluation. Ce jeune majeur aura menti avec réussite pour obtenir une protection plus favorable. Cette deuxième situation constitue une réelle obsession désormais, dans une société française inquiète d'être trop permissive envers l'étranger. La politique de l'hospitalité n'est plus, si tant est qu'elle ait existé auparavant. Le MNA ayant cette marque de l'étranger, ne pouvant s'en défaire, subit les difficultés de rejet des étrangers adultes alors même que celui-ci est mineur avant tout. Il devient de plus en plus évident d'oser parler de présomption de fraude animant l'évaluation de l'âge des MNA. L'ampleur de cette obsession de fraude conduisant en sa présomption peut s'imager en ces mots « *Mutatis mutandis*, c'est comme si, au pénal, on transformait la présomption d'innocence en une présomption de culpabilité »¹¹⁸. Si l'évaluation administrative de l'âge des MNA a pour fil conducteur la détection de la fraude à la minorité (§1), le fichage de ceux-ci est présenté comme un moyen pour faciliter cette évaluation (§2) et la technique du faisceau d'indices se trouve déséquilibrée par la détermination de l'âge de ces mineurs grâce à l'examen radiologique osseux (§3).

¹¹⁷ R., LE BERRE, « Je implore toi s'il vous plaît dormir couloir. », *Libération* [en ligne], 7 mars 2016.

¹¹⁸ CAIRE, A-B., « L'examen radiologique osseux de l'article 388 du Code civil, un simple indice dans la détermination de l'âge », RDSS 2019, p. 453.

§1. Les faiblesses de l'évaluation du mineur non accompagné conditionnée par l'obsession de la fraude

Lorsque le HCNUR posait la définition du MNA en 1997, il n'avait pas le souhait à ce que le régime de protection de ce mineur repose excessivement sur son état de minorité¹¹⁹. Il considérait qu'il y aurait une « incitation à la tromperie ». Le mineur est considéré comme immature et vulnérable par le HCNUR ce qui doit engendrer un traitement particulier. Pourtant, la minorité est un élément qui définit le MNA. Aussi, le régime de protection est inhérent à cette condition de minorité soit au niveau de la protection internationale des droits de l'enfant par la CDE soit au niveau de l'entrée dans le régime de la protection de l'enfance française. Il semble complexe de ne pas faire reposer le traitement particulier des MNA à leur condition de minorité. Une « incitation à la tromperie » ou la fraude est engendrée par un système de protection particulier aux MNA. Entre deux situations de vulnérabilité, à savoir de MNA ou de jeune majeur non accompagné, la fraude peut être un moyen d'acquiescer une protection supplémentaire à une situation précaire. Dans le système de protection reposant sur la qualité de mineur, évaluer la minorité devient une étape incontournable. Que ce soit en présence ou non de documents d'identités, cette évaluation est une confrontation redoutée par les intéressés. Elle est une recherche du « fraudeur » où l'erreur devient fatale pour le mineur. Si l'évaluation de la minorité des jeunes se déclarant mineurs s'avère peu précise (A), une présomption de fraude documentaire consacre l'obsession de la fraude (B) qui caractérise ce système d'évaluation.

A. Une évaluation à plusieurs niveaux peu précise

L'évaluation de l'âge passe nécessairement par un entretien pluridisciplinaire prévu à l'article 9 de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Il dispose que « l'évaluation de la situation d'un mineur à partir d'une information préoccupante est réalisée par une équipe pluridisciplinaire de professionnels identifiés et formés à cet effet ». Si cet entretien constitue une faible évaluation socio-éducative de la personne se déclarant mineure (1), il convient de relever une recherche de l'incohérence dans son récit (2).

1. L'entretien : une faible évaluation socio-éducative

Si le droit international ne traite pas de l'évaluation de l'âge des MNA, la CDE consacre tout de même à tout enfant un droit d'exprimer son opinion et de voir ses opinions prises en considération sur toute question le concernant (article 12). Le même article oblige les États parties à prendre dûment en considération les opinions des enfants, eu égard à l'âge et au degré de maturité de chaque enfant. L'enfant participe dans les processus de décision les concernant tout en prenant en compte leur statut de mineur¹²⁰. La CDE oblige également les États parties à respecter le droit à l'identité de l'enfant c'est-à-dire le droit d'avoir et de la préserver sans ingérence illégale (article 8 paragraphe 1). Les États ont également l'obligation d'accorder une assistance et une protection appropriées pour que l'enfant retrouve son identité lorsqu'il en est privé illégalement (article 8 paragraphe 2). Si le droit international n'encadre pas d'avantage l'évaluation de l'âge dans son aspect non médical, le droit européen ne s'y attache pas non plus. Les États membres de l'Union européenne comme les États parties au Conseil de l'Europe ont l'obligation de respecter les droits de l'Homme sur le territoire lors de cette évaluation. Une large marge d'appréciation est laissée mais un manque d'harmonisation conduit à des méthodes assez différentes.

En France, il convient tout d'abord de relever la pluralité des acteurs pouvant évaluer l'âge des MNA. Ceux-ci arrivant sur le territoire français en traversant une frontière, les premières personnes pouvant

¹¹⁹ HCNUR, Note sur les enfants non accompagnés en quête d'asile, 1997, §5.11.

¹²⁰ Droits rappelés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans la recommandation CM/Rec(2019)11 relative aux garanties pour les MNA et séparés dans un contexte de migration (page 10) en ces mots « Taking into account that States must realise the children's right to express their views freely in all matters affecting them and have their views be given due weight in accordance with their age and maturity, and that States have an obligation to ensure the respect of this right ».

être rencontrées sont les agents de protection des frontières. Ils peuvent être raccordés à l'Agence FRONTEX de surveillance des frontières de l'Union européenne ou bien à la PAF¹²¹. La mission de ces agents est la protection des frontières de l'Union ou nationales. Le premier objectif est la lutte contre l'immigration irrégulière ou tout du moins le passage d'une frontière en situation d'irrégularité. Il s'agit d'une mission de contrôle et si les conditions d'entrée ne sont pas remplies, la mission devient répressive à savoir le refus d'entrée. Ces premiers acteurs ne sont en aucun cas formés à évaluer la situation de minorité ou de majorité d'un jeune, ce qui n'est d'ailleurs pas dans leur domaine de compétence. En effet, le placement en zone d'attente n'est pas différent selon que la personne est majeure ou mineure. Cependant, si le mineur est non accompagné, un administrateur ad-hoc doit lui être désigné afin qu'il soit aidé et encadré dans les procédures à venir. Sur une mauvaise évaluation de l'agent de la PAF, un MNA peut donc se trouver lésé dans ses droits de représentation. Ensuite, les MNA rencontrent des travailleurs sociaux qui à la suite d'un entretien vont déclarer si le mineur est réellement mineur ou qu'il se prétend mineur mais qu'il ne l'est pas. L'évaluation de l'âge des MNA repose sur cet entretien. Enfin, les MNA souhaitant demander la protection internationale relative au statut de réfugié en France doivent se rendre à la Préfecture. Un agent sera chargé de prendre en compte cette demande. Si l'accès à la protection internationale n'a pas de condition d'âge, le jeune devra tout de même renseigner son âge. Cette pluralité d'acteurs ne permet pas aux MNA de comprendre l'enjeu de chaque étape, surtout lorsqu'ils ne sont que très peu encadrés. En cas de doute, le procureur de la République peut ordonner de procéder à un test de détermination de l'âge du mineur. Seule une décision judiciaire peut exiger cette détermination médico-légale de l'âge du mineur.

S'agissant des évaluateurs sociaux impliqués dans l'entretien pluridisciplinaire, institué par décret, auquel les jeunes vont se soumettre¹²², les profils peuvent être assez variables. D'après l'enquête européenne sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la CDE dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France¹²³, les évaluateurs sociaux peuvent être issus du domaine public ou privé. Ils peuvent être des « membres dédiés à l'administration territoriale [...], des évaluateurs dont c'est la seule fonction [...], ou encore des travailleurs sociaux »¹²⁴. Il en ressort que les compétences acquises et les habitudes de travail sont différentes suivant les qualifications. Le rapport mentionne les évaluations des travailleurs sociaux comme « plus fine ». La diversité de profil des évaluateurs entraîne *de facto* une analyse mouvante n'allant pas dans le sens de faciliter cette étape pour les MNA. En effet, une formation précise sur les problématiques de ces mineurs entraîne une meilleure compréhension de leurs explications.

Le Comité des Droits de l'Enfant a indiqué, en 2005, que l'évaluation « ne devrait pas se fonder uniquement sur l'apparence physique de l'individu mais aussi sur son degré de maturité psychologique »¹²⁵ mais « scientifiquement, dans le souci de la sécurité de l'enfant, de manière adaptée (...) avec tout le respect dû à la dignité humaine, et [qu'] en cas d'incertitude persistante, le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé »¹²⁶. Pourtant, parmi les multiples déclarations surprenantes mentionnées par les jeunes dans le rapport pré-cité, il convient de relever la confrontation faite par les évaluateurs entre l'apparence physique et l'âge allégué par le jeune. En effet, l'arrêté relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille pris le 17 novembre 2016 demande de « confronter l'apparence physique de la personne évaluée [...] avec l'âge qu'elle allègue »¹²⁷. Cette comparaison réalisée non par des professionnels de la médecine ayant étudié les caractéristiques physiques d'un jeune suivant son origine mais des travailleurs sociaux pose question sur sa qualité. Les caractéristiques physiques de la puberté changent chez les personnes suivant les

¹²¹ La PAF est désignée comme le point de contact avec l'Agence européenne Frontex, elle agit en alors en coordination selon l'article 1 de l'arrêté pris par le Ministre de l'Intérieur le 22 décembre 2016 modifiant l'arrêté du 1er février 2011 relatif aux missions et à l'organisation de la direction centrale de la police aux frontières.

¹²² Décret pris en application de l'article L. 221-2-2 du CASF et relatif à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, n° 2016-840, 24 juin 2016.

¹²³ C., BAILLEUL, D., HERNANDEZ SENOVILLA, *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 60.

¹²⁵ Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §31.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Arrêté 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, 17 novembre 2016, NOR: FDFX1507648L, article 5. L'arrêté pré-cité a pour inspiration la Circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers prise par l'ancienne Garde des sceaux et Ministre de la justice, C. Taubira, le 31 mai 2013.

régions du monde et surtout ceux pris en considération à savoir la pilosité et la musculature du jeune. Il s'agit donc d'une appréciation peu objective et pas toujours suffisamment informée des caractères sexuels secondaires à travers un prisme occidental. La « compatibilité du comportement avec l'âge »¹²⁸ du jeune relève d'une subjectivité similaire¹²⁹. Néanmoins, il convient de relever l'interdiction de l'évaluation de l'âge d'une personne « à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires » selon l'article 388 du Code civil modifié par la loi réformant la protection de l'enfant en 2016¹³⁰. S'il le législateur vise par cet article l'examen médical de des caractères sexuels secondaires, il est important de noter que lors de l'évaluation administrative de l'âge du mineur, un examen non-médical de ces caractères est réalisé.

Enfin, il convient de relever la courte durée des entretiens réalisés allant de quinze minutes à une heure¹³¹. Au regard de l'appréhension d'un enfant en danger face à un tel entretien et la durée nécessaire pour qu'il se confie, moins d'une heure semble insuffisant. Une évaluation unique est elle-même en soit problématique pour que l'enfant puisse se confier mais également pour une meilleure appréciation de la véracité du récit. De plus, il est fait remarquer par les jeunes que des évaluateurs énoncent un mélange de questions portant sur l'identité, la famille et sur les violences subies¹³². Une seule rencontre, rapide dans laquelle il n'y a pas un temps gardé pour le récit des violences subies ne peut refléter la réalité de la situation du mineur. En effet, à la suite de plusieurs rencontres, l'évaluation serait plus précise et plus juste. Le Défenseur des droits a d'ailleurs préconisé, en 2014, le recours à une double évaluation¹³³. Néanmoins, la France est classée comme exemple de bonnes pratiques s'agissant de cet entretien pluridisciplinaire dans un soutenu par le Conseil de l'Europe¹³⁴.

L'entretien réalisé par une pluralité d'acteurs plus ou moins spécialisés dans l'évaluation de l'âge des MNA se fonde particulièrement sur des caractéristiques physiques malgré les demandes du Comité des droits de l'enfant. Il s'agit d'une évaluation subjective de l'âge des mineurs menée par des personnes pas toujours formée pour qu'elle soit au plus proche de la vérité. Pourtant cette recherche de vérité peut plutôt s'analyser comme une recherche de l'incohérence dans les paroles des MNA.

2. La recherche de l'incohérence dans le récit du mineur non accompagné

Le MNA, pour se voir reconnaître sa minorité alors qu'il n'a pas de preuves matérielles à fournir ou qu'elles ne suffisent pas, doit convaincre ses interlocuteurs. Selon le rapport publié par l'Agence de l'Union européenne sur les droits fondamentaux en 2013 comparant les pratiques entre les États membres sur la question des enfants séparés non accompagnés, ceux-ci craignent cette étape de conviction en France¹³⁵. Elle n'est pas simple, elle semble même au contraire compliquée au regard des difficultés présentées précédemment (1). Plus encore, elle semble être centrée sur une problématique à savoir la fraude. La fraude est caractérisée par la reconnaissance d'un majeur en tant que mineur, autrement dit des majeurs qui tentent de « se faire passer pour mineur ». La fraude existe et n'est pas négligeable. Un régime plus protecteur lorsque l'on est vulnérable de par sa condition d'étranger et souvent de jeune majeur peut être une solution envisagée par ceux-ci. Le régime des mineurs, s'il est acquis, est plus attirant car plus protecteur que celui des majeurs. Il n'est pas évident que la présence de fraudes doivent entraîner une focalisation sur ce phénomène au détriment de ceux qui ne fraudent pas. La formule attribuée à Voltaire lors du procès Calas s'applique, il disait « qu'il vaut mieux hasarder de

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ En ce sens, L., CARAYON et J., MATTIUSI et A., VUATTOUX, « « SOYEZ COHÉRENT, JEUNE HOMME ! » Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique* [en ligne], Vol. 68, 2018, p. 40.

¹³⁰ Loi relative à la protection de l'enfant, n° 2016-297, NOR: FDFX1507648L, 14 mars 2016, article 43.

¹³¹ C., BAILLEUL, D., HERNANDEZ SENOVILLA, *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016, p. 62.

¹³² En ce sens, L., CARAYON et J., MATTIUSI et A., VUATTOUX, « « SOYEZ COHÉRENT, JEUNE HOMME ! » Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique* [en ligne], Vol. 68, 2018, p. 41.

¹³³ Décision du Défenseur des droits, *Décision relative à la situation de mineurs isolés étrangers*, MDE-2014-127, 29 août 2014, p. 11.

¹³⁴ WENKE, D., « Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration », septembre 2017, §114.

¹³⁵ European Union agency for fundamental rights, « Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne », Office des publications de l'Union européenne, 2013, p. 59 : « L'évaluation de l'âge est un problème très sensible pour les enfants de tous les pays couverts par l'enquête, à l'exception de la Suède, où les quelques enfants dont l'âge avait été évalué n'avaient aucune inquiétude concernant la procédure. D'autres enfants, en particulier en Autriche, en France, Hongrie et au Royaume-Uni, expriment des craintes et émettent des critiques sur les procédures d'évaluation de l'âge, et n'ont que peu d'informations à son sujet. Beaucoup estiment que les fonctionnaires doivent simplement les croire. »

sauver un coupable que de condamner un innocent »¹³⁶. En effet, au regard de la vulnérabilité des MNA cette formule insinue qu'il est préférable de protéger des jeunes majeurs plutôt que de ne pas protéger un mineur. Cette protection lui permet d'éviter des dangers importants liés à la précarité comme la prostitution, le trafic d'organes et l'exploitation etc.

L'épreuve de conviction revient à convaincre de son état de minorité et d'isolement afin d'accéder, de droit, au régime de protection de l'enfance. La difficulté à démontrer sa minorité ainsi que son isolement revient souvent à démontrer sa vulnérabilité. Celle-ci est synonyme de misère, réalité évidente, ou plutôt de l'aspect de la misère, réalité moins évidente. Tout signe d'absence de misère c'est-à-dire d'un confort minimal¹³⁷ est interprété comme contrevenant à l'idée de vulnérabilité¹³⁸. Les stéréotypes en la matière sont nombreux, l'apparence renvoyée par un jeune est nécessairement prise en compte dans le jugement de l'évaluateur. D'autant plus que celle-ci est requise légalement¹³⁹. La misère va à l'encontre de l'idée de « neuf », « propre » ou « matériel ». Un jeune en danger doit convenir à l'idée préconçue de la misère. Il doit être et surtout paraître jeune et isolé à savoir le plus jeune possible et le plus isolé possible. Une apparence trop soignée peut lui être défavorable parce que l'idée faite de la misère est bien l'absence de propreté, de vêtements neufs etc. Il faut prouver sa situation de danger et de vulnérabilité. Une apparence négligée pourra aller dans le sens d'un processus de victimisation utile pour susciter une certaine pitié chez l'interlocuteur mais aussi un processus de manipulation de ce dernier. Selon R. Lucchini, sociologue ayant travaillé sur la question des « enfants de la rue », il considère que « le discours dramatisant suscite la pitié, mais aussi la crainte »¹⁴⁰. Une apparence miséreuse et un tel discours sur la misère accentue les positions de « malaise »¹⁴¹ et de « crainte » n'allant pas non plus dans un sens positif pour le mineur. Si cette dernière observation est à nuancer au regard de la formation des travailleurs sociaux, il convient de la mentionner. Les idées sur la misère n'aident pas les jeunes évalués. Celles-ci se confrontent à l'idée sur « l'institution » que se font ces jeunes. Il s'agit de rencontrer des évaluateurs, des adultes qui pourront décider de leur protection future ou non. Le réflexe est de se rendre le plus présentable possible, ce qui ne sera pas forcément apprécié positivement pour le mineur. La durée de vie à la rue peut varier suivant les mineurs, leur résistance à cette vie également, il est très difficile d'évaluer la situation de danger du mineur à travers son aspect physique.

Le récit du MNA doit être cohérent et précis, et il est demandé d'avoir des repères spatio-temporels des événements intervenants dans le parcours migratoire. La moindre erreur peut indiquer ou du moins être interprétée comme une tentative de fraude qui sera rédhitoire par la suite. Les incohérences dans le récit peuvent avoir des origines diverses et peuvent s'expliquer par l'angoisse, le déni dans lequel se trouve certains jeunes ayant vécu des épreuves difficiles ou encore par des pathologies post-traumatiques. La construction du récit doit alors se faire en amont afin de réussir à convaincre. Entre la position d'un jeune dont la minorité est évaluée et un accusé soupçonné d'avoir commis une infraction, il n'y a qu'un pas. Cependant, un récit trop cohérent devient également louche¹⁴². Une histoire logique comptée aisément d'apparence trop véridique pourrait perdre de sa véracité. Il s'agit de la meilleure preuve d'un régime basée sur la suspicion de fraude, le doute d'un récit cohérent, une cohérence pourtant inhérente à la demande initiale.

Les usages du droit français montrent que la parole de l'enfant n'est pas toujours considérée comme une parole solide. Il est vrai que la prise en compte de l'enfant, puis de sa parole par le droit est croissante. Néanmoins, la minorité fait état d'une relative incapacité juridique ou d'une protection au regard de l'importance des engagements pouvant être pris par un majeur. Si l'enfant a le droit d'être

¹³⁶ VOLTAIRE, *Zadig, ou la destinée*, Atramenta [en ligne], (1747) 4 septembre 2018, p. 19.

¹³⁷ « « Il a des lunettes, il est propre, ce n'est pas quelqu'un qui a souffert sur la route. Ces lunettes viennent de France ! » « Tu as un beau téléphone, tu n'as pas traversé la mer toi ! » Extraits de compte rendu d'atelier collectif, Antenne Jeunes Flandre, Paris » cité par C., BAILLEUL, D., HERNANDEZ SENOVILLA, *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016, p. 68.

¹³⁸ La vulnérabilité est un des éléments auxquels l'évaluateur doit être attentif selon la Circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation. Cette notion de vulnérabilité n'est plus présente dans le texte de l'arrêté ministériel pris le 24 juin 2016.

¹³⁹ Arrêté 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 leur famille, 17 novembre 2016, NOR: FDFX1507648L, article 5.

¹⁴⁰ R., LUCCHINI, « L'enfant de la rue: réalité complexe et discours réducteurs », *Déviance et société* [en ligne], Vol. 22, n° 4, année 1998, p. 358.

¹⁴¹ A., GUIBERT-LASSALE, « Identités des SDF », *Etudes* [en lignes], 2006/7-8, Tome 405, 2006, p. 48.

¹⁴² En ce sens, L., CARAYON et J., MATTIUSSI et A., VUATTOUX, « « SOYEZ COHÉRENT, JEUNE HOMME ! » Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique* [en ligne], Vol. 68, 2018, p. 42.

entendu dans les décisions le concernant, il s'agit plus d'un droit protecteur que d'un moyen pouvant être utilisé à son encontre. Il est alors possible de voir une certaine différence de traitement entre des mineurs en danger nationaux et des mineurs en danger étrangers. La valeur de la parole n'est plus la même, l'une est emplies d'inquiétude l'autre de suspicion, l'une est considérée comme fragile¹⁴³ l'autre comme l'engageant. La relative incapacité du mineur est alors déniée lors de l'entretien d'évaluation d'âge. Une fois qu'il est reconnu mineur, cette relative capacité lui est retirée, il est protégé. S'il n'est pas reconnu ainsi, sa parole l'engage lui empêchant d'acquiescer à une protection.

Ainsi, une évaluation au formalisme trop important sur un temps court, motivée par la suspicion de la fraude, ne peut aboutir à une évaluation proche de la vérité ou du moins sans trop d'erreur d'appréciation. Par rapport intitulé « Dans l'intérêt supérieur de qui ? », il est proposé l'organisation d'entretiens de courte durée couplée à l'arrangement de discussions informelles avec le jeune évalué à dimension éducative. Les données recueillies lors de ces discussions gagneraient en consistance selon le rapport¹⁴⁴. Si la découverte de la fraude lors de l'évaluation de l'âge est remarquée, une fraude documentaire est également recherchée.

B. Une présomption de fraude documentaire

Il est observé, en pratique la création d'une nouvelle présomption négative à savoir la présomption de fraude documentaire. Celle-ci est récurrente lors de l'évaluation de l'âge des MNA et n'est évidemment pas légalement instituée. Cette présomption se hisse avec force face à une fragile présomption d'authenticité des documents d'état civil (1) et un présomption de minorité relativement négligée (2).

1. La fragile présomption d'authenticité des documents d'état civil

La CDE oblige les États parties à préserver l'identité de l'enfant (article 8 paragraphe premier) et à « lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible » si cet enfant s'en est vu privé illégalement (article 8 paragraphe second). L'article 47 du Code civil français 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 ». Cet article fonde une présomption d'authenticité des documents d'état civil étrangers lorsqu'il est obtenu légalement. Celle-ci est rappelé en 2016 lorsqu'est posé le cadre de l'évaluation de l'âge lors de l'entretien en ces mots « l'évaluateur applique la présomption d'authenticité des actes de l'état civil émanant d'une administration étrangère prévue par les dispositions de l'article 47 du Code civil »¹⁴⁵. Un acte d'état civil français et un acte d'état civil étranger devrait être observé de la même manière dans le respect du principe de non-discrimination . Pour ce faire, l'acte d'état civil présenté doit être considéré comme tel en droit français (article 34 du Code civil), avoir été établi par une autorité compétente du pays d'origine du mineur dans une forme usité dans ce pays et appartenir à la au mineur qui s'en prévaut. Cette présomption n'est pas irréfragable et peut être renversée, selon l'article 47 du Code civil, si le document est déclaré frauduleux au regard de son d'apparence, de son contenu, de son incohérence avec le récit conté, qu'il existe d'autres actes le contestant ou encore de résultats d'enquête extérieure probante. Le renversement de la présomption doit être dument motivé. Par un arrêt de cassation, la Cour de cassation a estimé, le 14 juin 2019¹⁴⁶, que la Cour d'appel qui, après enquête policière ayant déclaré les documents d'état civil faux, n'a pas précisé « la nature exacte des anomalies affectant les actes de l'état civil » pour déclarer le document faux et en déduire l'absence

¹⁴³ En ce sens, P, ROBIN et N, SÉVERAC, « Parcours de vie des enfants et des jeunes relevant du dispositif de protection de l'enfance : les paradoxes d'une biographie sous injonction », *Recherches familiales* [en ligne], 1 (10), 2013, p. 91-102.

¹⁴⁴ C., BAILLEUL, D, HERNANDEZ SENOVIOLA, *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016, p. 63.

¹⁴⁵ Arrêté 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, NOR: JUSF1628271A, 17 novembre 2016, article 6. I.

¹⁴⁶ Cour de cassation, 1ère Civ., 14 juin 2019, pourvoi n° 18-24747.

d'authenticité a privé sa décision de base légale au regard de l'article 47 du Code civil. Il s'agit d'un renfort de la présomption, non pas pour le requérant dont les documents ont été déclarés faux, mais pour ceux dont la motivation ne serait pas suffisante entraînant ainsi une erreur de droit.

Pourtant, cette présomption n'a pas la même portée selon que le détenteur de l'acte soit un mineur français ou un mineur étranger. En effet, il est observé une « disqualification des papiers d'identité »¹⁴⁷ des mineurs mais surtout une « parade »¹⁴⁸ administrative pour considérer des documents d'identité comme non valide. Il existe une procédure judiciaire *a priori* pour évaluer l'authenticité d'un acte d'état civil en cas de doute sur celle-ci par saisines administratives et judiciaires relatives à l'examen de documents administratifs français et étrangers du bureau des fraudes documentaires. À travers une analyse par comparaison à des documents de même nature authentique, l'expertise déclare l'acte authentique ou non authentique si l'acte a pu être comparé ; ou rends un avis favorable ou non favorable si l'acte n'a pu être comparé ; ou ne se prononce pas. La « parade » administrative pré-citée fut de ne pas reconnaître la validité d'un acte d'état civil reconnu authentique en raison de l'absence de photographie d'identité. La Cour d'appel de Paris a soutenu cette décision¹⁴⁹ en 2006 et en 2013.

Si la présomption d'authenticité des documents d'état civil n'est pas respectée s'agissant de documents présentés par les MNA, la présomption légale de minorité souffre également de restrictions constantes.

2. La présomption légale de minorité non respectée

La présomption de minorité d'un mineur se présentant comme tel aux autorités jusqu'à ce qu'une décision judiciaire vienne la réfuter est présente dès l'apparition légale du MNA en 1997¹⁵⁰. Celle-ci née en droit international à travers le droit international des réfugiés puis est repris par les acteurs de protection des droits de l'enfant¹⁵¹ puis est reprise par le droit dérivé de l'Union européenne¹⁵². Il s'agit d'une présomption encrée dans le droit supra-national, le droit français a dû s'y conformer. Le Conseil d'État a consacré cette présomption lorsqu'il a rendu la décision n°386769 le 1^{er} juillet 2015. En l'espèce, le président du conseil général du Nord a refusé de saisir l'autorité judiciaire dans le cadre d'une admission à l'ASE « en contestant tant sa minorité que son isolement ». Or le Conseil d'État a estimé que le président du conseil général a seulement la faculté de saisir l'autorité judiciaire pour qu'elle se prononce en cas de doute¹⁵³ car seul le juge des enfants est compétent pour se prononcer sur l'admission à l'ASE d'une personne qui se déclare mineure. Dans sa logique, le Conseil d'État considère irrecevable un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif d'une décision administrative de refus d'admission à l'ASE car le mineur présumé est incapable juridiquement. La seule juridiction que peut saisir un mineur est le juge des enfants, le mineur présumé peut saisir le juge des enfants mais pas le juge administratif.

Suite à cette révélation par la jurisprudence administrative, la présomption de minorité a été reconnue implicitement par la loi. En effet, l'article R221-11 du CASF dispose, en particulier, que « le président du conseil départemental du lieu où se trouve une personne se déclarant mineure et privée

¹⁴⁷ L., CARAYON et J., MATTIUSI et A., VUATTOUX, « « SOYEZ COHÉRENT, JEUNE HOMME ! » Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique* [en ligne], Vol. 68, 2018, p. 32.

¹⁴⁸ C., BAILLEUL, D., HERNANDEZ SENOVILLA, *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016, p. 70.

¹⁴⁹ Cour d'appel de Paris, 5 mars 2013, n° 12/19907 cité dans L., CARAYON et J., MATTIUSI et A., VUATTOUX, « « SOYEZ COHÉRENT, JEUNE HOMME ! » Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique* [en ligne], Vol. 68, 2018, p. 32 et Cour d'appel de Metz, 23 janvier 2006, n° 06/8.

¹⁵⁰ HCNUR, Note sur les enfants non accompagnés en quête d'asile, 1997, §5.11.

¹⁵¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 (2005), §31, i) ; Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 3 mai 2005, article 10.3 ; Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Conclusion sur les enfants dans les situations à risque n° 107 (LVIII)-2007, 5 octobre 2007, §g ; HCNUR, *Les principes directeurs sur la protection internationale : Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009, §75 ; Separated Children in Europe Programme (HCNUR), *Statement of Good Practice*, 4th Revised Edition, 2009, §D.5.1. et §D.5.3 ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1810(2011) relative aux problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, 15 avril 2011, §5.10.

¹⁵² Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil*, 2011/36/UE, 5 avril 2011, article 13.2 ; Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à la procédure d'asile (refonte)*, 2013/32/UE, 26 juin 2013, article 25(5).

¹⁵³ En ce sens, Défenseur des droits, *Décision relative au soutien de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par plusieurs associations au conseil constitutionnel*, n° 2019-104, 15 avril 2019, p. 7.

temporairement ou définitivement de la protection de sa famille met en place un accueil provisoire d'urgence d'une durée de cinq jours » depuis le 24 juin 2016¹⁵⁴. Il convient de constater que les termes « se déclarant » sont réutilisés s'agissant de l'évaluation sociale étudiée précédemment d'un MNA¹⁵⁵. Le législateur a choisi d'appliquer un régime déclaratif s'agissant de la minorité définissant le MNA durant l'évaluation sociale et l'accueil provisoire d'urgence. Jusqu'au prononcé d'un jugement, le mineur déclaré comme tel est considéré mineur et est protégé en tant que mineur. La présomption de minorité est alors implicitement incluse dans le droit français. Le Conseil d'État a de nouveau fait part de sa volonté à considérer une telle présomption par le rendu d'une ordonnance, le 14 juin 2017. Il considère, en l'espèce, que la minorité peut être appréciée par les départements « sous le contrôle du juge »¹⁵⁶, ce qu'il a confirmé le 5 février 2020¹⁵⁷.

Les juges du Conseil constitutionnel se sont prononcés indirectement sur la présomption de minorité dans une décision relative à la conformité à la Constitution du décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 mettant en place un fichier d'appui à l'évaluation de la minorité¹⁵⁸. Si l'étude de ce fichier viendra ensuite, il convient de relever que les juges ont considéré l'absence de conséquence de ce fichier sur l'évaluation de l'âge et qu'il ne permettrait pas d'en déduire une quelconque majorité. Il s'agit d'une reconnaissance de la présomption de minorité. A l'inverse, les juges de la Cour de cassation considère de jurisprudence constante que l'évaluation de la minorité d'un MNA est une question de fait ne relevant pas de leur compétence¹⁵⁹. A l'instar de ce qui a été observé précédemment, la Cour de cassation ne contrôle que depuis peu la notion d'isolement inhérente à la définition du MNA. Il convient de noter le peu de motivation de la part de la Cour de cassation de se positionner sur la présomption de minorité. Le repli derrière l'appréciation souveraine des juges d'appel pour juger de la minorité d'un MNA sans vouloir affirmer cette présomption de minorité est un manque de courage. Celui-ci est défavorable aux mineurs concernés car l'affirmation par la Cour de cassation aurait un poids important dans la pratique plutôt que des reconnaissances implicites par la loi.

La présomption de minorité est mise en cause dans une requête déposée à la CEDH par une ressortissante camerounaise qui s'est vu refuser l'hébergement d'urgence car, sur la base d'un entretien, elle est considérée comme majeure¹⁶⁰. Pourtant, à la suite d'une saisine du juge des référés, rien n'indiquait que ses documents d'identité étaient faux. Parce qu'elle a été considérée majeure par manque de preuve de sa minorité, la ressortissante a vécu dans une situation d'extrême précarité durant plusieurs mois. La Cour a enjoint le gouvernement français d'assurer l'hébergement de la requérante le 15 mars 2019 puis a demandé le prolongement de l'application de la mesure provisoire le 27 mars 2019 par laquelle la requérante a été confiée au département¹⁶¹. Enfin, le Comité des droits de l'enfant aux Nations Unies dans deux décisions rendues le 31 mai 2019 contre l'Espagne¹⁶² a reconnu une violation du droit à voir son identité préservée par un État signataire de la CDE (article 8 paragraphe premier) parce qu'il n'a pas reconnu la minorité au regard des documents fournis. Dans la première affaire, les documents fournis étaient un acte de naissance, une carte consulaire, une demande de passeport puis un passeport biométrique. Dans la seconde affaire, le document fourni était une photocopie d'un acte de naissance. À travers le droit à voir son identité préservée, il est à la fois reconnu la présomption d'authenticité des documents d'identité et la présomption de minorité.

Il convient d'apprécier l'enclage sérieux de la présomption de minorité pour un mineur se présentant comme dans les textes internationaux et dans les décisions du Comité des droits de l'enfant. La position de la CEDH est attendue sur le sujet. La position française se clarifie mais est encore quelque peu

¹⁵⁴ Décret pris en application de l'article L. 221-2-2 du CASF et relatif à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, n° 2016-840, 24 juin 2016, article 1.

¹⁵⁵ Arrêté pris en application de l'article R. 221-11 du CASF relatif aux modalités de l'évaluation des personnes se présentant comme mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, NOR: SSAA1920987A, 20 novembre 2019, article 1 et 2.

¹⁵⁶ CE, 14 juin 2017, n° 402890, considérant 5.

¹⁵⁷ Conseil d'État, aff. jointes n° 428478 et n° 428826, 5 février 2020, considérant 9 et 13.

¹⁵⁸ Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, Décision n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019, §7.

¹⁵⁹ En ce sens, Cour de cassation, 1ère Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-26.212 ; Cour de Cassation, 1ère Civ., 4 janvier 2017, *Bull.* 2017, pourvoi n°15-18468.

¹⁶⁰ CEDH, Communiqué de l'affaire *S. M. K. c/ France*, n° 14356/19, 28 mars 2019.

¹⁶¹ CEDH, Communiqué de l'affaire *S. M. K. c/ France*, n° 14356/19, 28 mars 2019, §11 à §14.

¹⁶² Comité de los Derechos del Niño, Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017 CRC/C/81/D/22/2017, 31 mai 2019, §12.10 ; Comité de los Derechos del Niño, Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017 CRC/C/81/D/22/2017, 31 mai 2019, §13.10

implicite. Malgré cette avancée positive, l'obsession de la fraude présentée dans cette étude prouve le caractère fragile ou inexistant de cette présomption. La fraude est un risque à tout système de protection. La présomption n'est pas irréfutable. En effet, elle peut être contestée assez aisément soit par des méthodes scientifiques qui seront présentées par la suite, soit par un entretien approfondi dont les limites actuelles ont été présentées. Si la présomption connaît un encrage relativement solide en théorie, il ne l'est pas en pratique à l'image du climat de suspicion constant lors de l'entretien pluridisciplinaire. Ce dénigrement n'est que défavorable aux jeunes nécessitant une protection qui leur est due en vertu de leur jeune âge. Cet atmosphère exempt de confiance constaté lors de l'entretien se voit consacré par la volonté de faciliter l'évaluation de l'âge à travers le fichier d'appui à l'évaluation de la minorité.

§2. Le fichier d'appui à l'évaluation de la minorité : une facilitation de l'évaluation à finalité répressive

L'évaluation administrative de l'âge des MNA présente une nature subjective indéniable. La subjectivité comporte son lot d'incertitudes qui ne sont pas tolérées dans un système où le souci de la fraude prime, en pratique, sur une volonté originelle de protection par le législateur du mineur. La peur de la fraude a désormais gagnée le législateur français. Les critiques de la qualité de l'évaluation administrative, une atmosphère politique hostile à la permissivité pour l'étranger et l'attrait étatique pour la collecte et le traitement des données à caractère personnel forment le contexte de la création du fichier AEM. La création de ce fichier vient essayer de contrecarrer un phénomène nommé « phénomène de circulation » des MNA par L. Carayon¹⁶³ ou un phénomène de « nomadisme »¹⁶⁴ entre différents départements. Il décrit une tendance des MNA à demander cumulativement une protection auprès de plusieurs départements. La prise en charge des MNA relève de l'ASE car ils sont destinataires de la protection des mineurs en danger. Les demandes cumulatives dans plusieurs départements impliquent plusieurs évaluations de l'âge de chaque mineur ne contribuant pas à la stabilité et la continuité de la prise en charge de ces mineurs. En raison de la subjectivité de l'évaluation administrative de l'âge, certains mineurs peuvent être évalués différemment par plusieurs départements. Certains mineurs demandent également en tant que majeur à obtenir un visa, la délivrance d'un visa étant plus facile aux majeurs en Europe. Ils se présentent, en parallèle, en tant que mineur aux évaluateurs sociaux dans l'espoir de recueillir une protection accordée en vertu de leur âge. Plusieurs fichiers concernant les étrangers existent. Par exemple, le fichier AGDREF2 regroupe lui-même plusieurs fichiers dont le celui des empreintes digitales des étrangers¹⁶⁵ et le VISABIO qui recense les empreintes digitales et les photographies des demandeurs de visas¹⁶⁶. Une véritable « interconnexion »¹⁶⁷ entre les fichiers VISABIO, AGDREF2 et AEM a pour but d'éviter le phénomène de multiplication des demandes faites par les MNA. Cette « interopérabilité »¹⁶⁸ est identifiée au niveau européen à l'instar de l'analyse menée par l'association ANAFE évoquant l'extension d'un « maillage complexe » constitué par les différents fichiers de collecte de données¹⁶⁹. Si la création de ce fichier AEM s'accompagne d'un renfort du pouvoir de l'administration au détriment de la présomption de minorité (A), elle témoigne d'une volonté répressive jouissant d'une faible garantie (B).

¹⁶³ L., CARAYON, « Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées », *Constitutions* [en ligne], 2019, p. 387.

¹⁶⁴ Terme utilisé dans le rapport intitulé « L'évaluation du dispositif relatif aux mineurs isolés étrangers mis en place par le protocole et la circulaire du 31 mai 2013 » réalisé par l'IGS, l'IGAF et l'IGA en juillet 2014 décrivant ce phénomène en ces mots « Il n'est par ailleurs pas exclu qu'il existe une forme de « nomadisme » des anciens MIE en direction des départements où les structures associatives (notamment dans le domaine de l'accueil des étrangers et de la régularisation des sans-papiers) sont les mieux implantées et les plus actives pour les aider dans leur démarche de régularisation ».

¹⁶⁵ CESEDA, article L. 611-3.

¹⁶⁶ CESEDA, article R611-9.

¹⁶⁷ En ce sens, L., CARAYON, « Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées », *Constitutions* [en ligne], 2019, p. 388.

¹⁶⁸ Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil « Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité », COM/2016/0205 final, 6 avril 2016.

¹⁶⁹ ANAFÉ, *Note d'analyse : Le fichage Un outil sans limites au service du contrôle des frontières ?*, septembre 2019, p. 8.

A. Un fichier de renfort du pouvoir administratif de décision au détriment de la présomption de minorité

Si le fichage des MNA entraîne une réelle rupture d'égalité entre eux et les mineurs nationaux en danger (1), la négation de l'erreur probable lors de l'évaluation de l'âge a pour conséquence le possible éloignement illégal d'un mineur (2).

1. La création d'un fichier au détriment de l'égalité entre les mineurs

À travers l'article 51 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, le législateur a intégré à l'article L. 611-6-1 du CESEDA le fichier d'appui à l'évaluation de la minorité. Ce fichier est constitué d'une base de données visant les personnes de nationalité étrangère se présentant comme des « mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille »¹⁷⁰ sur le territoire français. En particulier, les empreintes digitales et des « images numérisées des visages »¹⁷¹ de ces personnes peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé. Le cadre donné à la conservation de ces données est la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Au second paragraphe de l'article d'espèce est écartée toute utilisation de dispositif de reconnaissance faciale sur la base de la photographie recueillie dans cette base de données. Ce fichier est mis en application par le décret en date du 30 janvier 2019¹⁷² sur une partie restreinte du territoire français puis sur son entièreté.

Si le régime de la protection de l'enfance français brillait par son égalité de traitement entre les mineurs étrangers et nationaux, la création de ce fichier vient désormais instaurer une réelle différence de traitement. Du fait de sa qualité de MNA, un tel mineur peut voir ses empreintes digitales et la photographie de son visage relevées et conservées. Le champ d'application du décret n'étant que celui des mineurs se présentant comme étrangers et isolés, le caractère égalitaire du régime antérieur n'est plus¹⁷³. Les mineurs isolés nationaux à l'inverse des MNA ne font pas l'objet de la collecte de leurs données à caractère personnel. Selon le Défenseur des droits, « les dispositions de l'article 611-6-1 du CESEDA ne respectent pas le principe constitutionnel d'égalité »¹⁷⁴. La différence de traitement entre les mineurs étrangers et les mineurs nationaux entraîne une inégalité à l'accès du régime de la protection de l'enfance. Le Conseil d'État a saisi le Conseil constitutionnel le 16 mai 2019 dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité. Les requérants étaient vingt-deux organisations de défense des droits fondamentaux, de protection de l'enfance et de promotion des droits des personnes étrangères dont Unicef France, Médecins sans frontières, Gisti, Défenseur des droits etc. Les observations du Défenseur des droits s'agissant de la rupture d'égalité dans le traitement entre les mineurs étrangers et les mineurs nationaux n'ont pas fait l'objet d'une réponse par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juillet 2019¹⁷⁵ répondant à la question prioritaire de constitutionnalité pré-citée. Il convient de le comprendre à travers l'absence de caractère absolu et inconditionnel du principe d'égalité selon le Conseil en permettant sa dérogation pour raison d'intérêt général¹⁷⁶. Le Conseil constitutionnel considère la lutte contre l'immigration irrégulière comme un motif d'intérêt général dans cette décision mais ne traite pas du principe d'égalité. Le principe d'égalité est pourtant un principe fondamental prévu à l'article premier de la DDHC et son corolaire, le principe de non-discrimination, est prévu à l'alinéa premier du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ainsi qu'à l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958. Appartenant au bloc de constitutionnalité, il revient au Conseil constitutionnel d'en apprécier la conformité lors de son contrôle de constitutionnalité. Si le silence du Conseil constitutionnel conforte la rupture d'égalité entre les mineurs étrangers et nationaux par la création du fichier AEM, l'absence de

¹⁷⁰ CESEDA, article L611-6-1, §1.

¹⁷¹ CASF, article R. 221-15-2.-I.

¹⁷² Décret 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, n°2019-57, NOR: INTV1826125D, 30 janvier 2019.

¹⁷³ En ce sens, D., BURRIEZ, « L'étatisation de la protection des mineurs isolés étrangers », *AJDA* [en ligne], 2019, p. 802.

¹⁷⁴ Défenseur des droits, décision n°2019-104, 15 avril 2019, p. 4.

¹⁷⁵ Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019.

¹⁷⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 1996-375 DC, *Rec.*, 9 avril 1996, §60.

prise en compte de l'erreur administrative par le décret adopté le 30 janvier 2019 peut conduire à l'illégal éloignement d'un mineur.

2. L'éloignement d'un mineur par la négligence de l'erreur d'évaluation de l'âge

L'existence d'un fichier ne peut mener qu'à sa consultation, celle-ci est possible dès le stade de l'évaluation selon l'article L. 611-6-1 du CESEDA. Il s'avère qu'en pratique ces fichiers sont évidemment consultés¹⁷⁷. La possibilité de consultation du fichier lors de l'évaluation de l'âge du mineur biaise nécessairement l'évaluation de son âge par l'autorité administrative. Pourtant, les juges constitutionnels ont déclaré le décret conforme à la Constitution tout en précisant que « ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu et aux protections attachées à la qualité de mineur, notamment celles interdisant les mesures d'éloignement et permettant de contester devant un juge l'évaluation réalisée »¹⁷⁸. Le Conseil garantit qu'il est interdit de déduire la majorité de la personne du refus de se soumettre au recueil d'empreintes ou de la constatation de l'inscription de cette personne dans le fichier ou un autre fichier dont les données ont été transférées. Cette garantie a été reprise par le Conseil d'État qui a entériné la validation du fichier AEM par un arrêt rendu le 5 février 2020 se prononçant sur la légalité du décret prit le 30 janvier 2019¹⁷⁹. En effet, les juges administratifs ont retenu que l'étendue des obligations du président du Conseil départemental restait inchangée par la création du décret attaqué « en ce qui concerne l'accueil provisoire d'urgence des personnes se déclarant mineures et privées de la protection de leur famille »¹⁸⁰. La garantie est faible au regard de la facilité par laquelle les évaluateurs peuvent invoquer l'incohérence du récit du MNA afin de justifier la majorité. La présomption de minorité du jeune se présentant comme mineur voit sa portée réduite du fait de l'influence du fichier AEM sur l'évaluation de l'âge du jeune.

Néanmoins, le maigre argument d'interdiction de fonder la décision de majorité sur la présence du mineur dans le fichier permet au Conseil constitutionnel de conclure au respect de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸¹. Celle-ci est amoindrie car elle ne comporte que trop peu de garanties. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est également déduite de la facilitation de la lutte contre la réitération de demandes faites par des majeurs¹⁸². Si moins de majeurs réitérent des demandes alors qu'ils ont été déclarés majeurs, il est indéniable que cela profite aux autres personnes qui n'ont pas encore été déclarées mineures. Cependant, il s'agit de nier avec force les problématiques de l'évaluation et ses erreurs pouvant conduire à la saisine du juge des enfants. Cette situation est illustrée par la requête introduite devant la CEDH le 15 mars 2019 dans l'affaire *S.M.K c. France*¹⁸³.

Dans le cas d'une évaluation par entretien pluri-disciplinaire ne concluant pas en la minorité du jeune, celui-ci a juridiquement la possibilité de déposer un recours devant le juge des enfants pour contester cette évaluation. Le juge des enfants peut ensuite déclarer le jeune mineur au moyen de tests médicaux ou bien peut déclarer le jeune majeur. Celui-ci dispose de la possibilité de faire appel de cette décision. Pourtant, l'article R. 221-15-5 du CASF prévoit un transfert des données collectées par le fichier biométrique au fichier. Si le jeune est recensé comme majeur dans le fichier biométrique, il l'est dans le fichier AGDREF2. Or ce dernier est consultable par les magistrats de l'ordre judiciaire. Selon le Défenseur des droits il s'agit d'une violation du droit au recours effectif protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en raison du risque d'entrave au jugement¹⁸⁴. La possibilité pour le jeune de voir sa majorité contestée et de bénéficier d'une mesure d'assistance éducative peut être compromise. Le fichier AEM peut orienter le jugement judiciaire du fait de son

¹⁷⁷ En ce sens, C., BRUGGIAMOSCA, « Le fichier « Appui à l'évaluation de la minorité » à l'épreuve de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant », *AI Famille* [en ligne], 2019, p. 494.

¹⁷⁸ Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019, §7.

¹⁷⁹ CE, *UNICEF France et a. : Lebon T*, n° 428478, 5 févr. 2020.

¹⁸⁰ *Ibid.*, §10.

¹⁸¹ Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019, §7.

¹⁸² *Ibid.*, §8.

¹⁸³ CEDH, Communiqué de l'affaire *S. M. K. c/ France*, n° 14356/19, 28 mars 2019.

¹⁸⁴ Défenseur des droits, décision n°2019-104, 15 avril 2019, p. 10.

existence. Le principe de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant est remis en cause par cette interférence dans la décision judiciaire.

Les contradictions entre l'évaluation administrative et le jugement judiciaire ne relèvent pas de cas isolés puisqu'elles représenteraient un cas sur deux s'agissant de jeunes se présentant comme MNA à Paris¹⁸⁵. Pourtant, est inclu un nouvel acteur administratif dans l'évaluation de l'âge des MNA. En effet, sur demande du président du conseil départemental, la Préfecture peut aider le département à cette évaluation¹⁸⁶ et retire « en contrepartie »¹⁸⁷ un accès aux données recueillies dans le cas où le département aurait conclu à la majorité du jeune. L'évaluation relève de l'ordre administratif, elle devient judiciaire si le jeune saisit le juge des enfants. Le fichier AGDREF2 auquel sont transférées les données du fichier AEM permet, en particulier, la gestion des étapes de la procédure d'éloignement, fondant ainsi l'inquiétude des requérants. Grâce à l'obtention des données et l'évaluation administrative ayant déclaré majeur un jeune, la préfecture peut ordonner une obligation de quitter le territoire sans attendre la décision judiciaire pouvant contredire la décision administrative. Il convient d'admettre un glissement du pouvoir de décision définitive de l'ordre judiciaire au profit de l'ordre administratif. Le silence du Conseil constitutionnel sur ce point est extrêmement regrettable et confirme la bénédiction donnée à l'unique évaluation administrative de l'âge. Le Conseil d'État précise que « une mesure d'éloignement ne peut être prise contre la personne que si, de nationalité étrangère, elle a été évaluée comme majeure, et après un examen de sa situation ». Le Conseil d'État ne fait que rappeler l'article L. 511-4-1 du CESEDA qui dispose qu'un mineur étranger ne peut faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire. L'évaluation de l'âge ayant une chance sur deux d'être erronée, il est ainsi très probable qu'il soit ordonné des obligations de quitter le territoire à des mineurs. L'absence de prise en charge d'un mineur par un État partie à la CDE constitue une violation de la Convention. Il s'agit de la légalisation de l'éloignement d'un mineur par omission de prise en compte du taux d'erreur lors de l'évaluation de l'âge du mineur.

La création du fichier AEM met en évidence une rupture d'égalité entre les mineurs étrangers et les mineurs nationaux pouvant relever du régime de la protection de l'enfance à laquelle les juridictions suprêmes n'ont pas estimé heureux de s'y opposer. Elles ont nié la réalité pratique de l'évaluation de l'âge des MNA en menant appréciation « abstraite » de la constitutionnalité du décret d'espèce¹⁸⁸. Croire qu'un fichier existant n'influera pas l'évaluation de l'âge alors qu'il peut être consulté au moment même de l'évaluation constitue une première surprise. Considérer que la seule garantie d'interdire le fondement d'une décision déclarant la majorité de la personne sur la présence de celle-ci dans le fichier alors qu'en pratique sera invoqué un récit incohérent avec l'âge allégué en constitue une deuxième. Le manque de garantie encadrant l'utilisation du fichier d'espèce couplé à la subjectivité des éléments invocables par l'évaluation administrative permet un risque sérieux de déclarer majeur un MNA. La facilitation à l'erreur d'évaluation est permise et reconnue par les Hautes juridictions administrative et constitutionnelle. La conséquence de cette facilitation est d'une importance rare puisqu'il s'agit de l'éloignement d'un mineur illégal et contraire à la CDE. Si cette manœuvre peut apparaître comme suffisante pour qualifier le caractère répressif implicite du décret créant le fichier AEM, celui-ci est confirmé explicitement comme constituant une réelle finalité de ce fichier.

¹⁸⁵ IGA, IGAS, IGJ et ADE, *Rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés*, 15 février 2018, p. 24.

¹⁸⁶ Décret 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, n° 2019-57, 30 janvier 2019, NOR: INTV1826125D, article 1.

¹⁸⁷ Expression utilisée par Me Spinosi lors de l'audience devant le Conseil constitutionnel le 9 juillet 2019 à 9 heures et demie lors de sa plaidoirie représentant notamment l'association Unicef France lors de la séance au Conseil constitutionnelle relative à la conformité à la Constitution du décret n° 2019-57 adopté le 30 janvier 2019.

¹⁸⁸ L., CARAYON, « Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées », *Constitutions* [en ligne], 2019, p. 388.

B. Le traitement et conservation des données interrogeant le respect du droit au respect de la vie privée du mineur non accompagné

Le décret adopté le 30 janvier 2019 annonçait une finalité protectrice pour les MNA. Il a été analysé que cette finalité est considérablement faible. La création du fichier AEM a, en réalité, une finalité hybride disproportionnée. La finalité protectrice est effectivement existante mais moindre en raison de l'absence de prise en compte d'un élément fondamental de la problématique qu'est l'erreur administrative d'évaluation. La seconde finalité est répressive. Si cette finalité prime sur le droit à la vie privée des MNA (1), est écartée toute utilisation pénale des données collectées (2).

1. La primauté de la finalité répressive sur le droit à la vie privée

Le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental protégé par l'article 8 de la Convention EDH et par l'article 7 de la CDFUE. Ce dernier texte ajoute, en son article 8, un droit fondamental qu'est le droit à la protection des données à caractère personnel. Le décret pris le 30 janvier 2019 a inquiété bon nombre de défenseurs des droits de l'homme notamment sur l'ingérence dans le droit à la protection des données à caractère personnel par le recueil, le traitement et la conservation de telles données. Il s'agit d'une ingérence dans le droit à la vie privée. La CNIL a rendu un avis sur la loi en 2018¹⁸⁹ étant saisie par le Ministre de l'intérieur. Cependant, la CNIL a précisé dans son avis que « à cet égard, la commission rappelle que si elle a été saisie du projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, celui-ci ne comportait pas ledit article [L. 611-6-1 du CESEDA] introduit postérieurement à son avis en date du 8 février 2018, par voie d'amendement ». Le législateur a donc soumis à avis de la CNIL un projet de décret dépourvu d'un de ses éléments fondamentaux à savoir la création du fichier AEM. Si l'avis de la CNIL est très détaillé, il n'a pu évaluer l'ingérence dans le droit à la protection des données à caractère personnel par la création du fichier.

La protection du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant souffrant du manque de garanties, en particulier, face aux mesures d'éloignements se voit être conciliée avec un objectif à valeur constitutionnelle selon le Conseil constitutionnel¹⁹⁰. Cet objectif est celui de la sauvegarde de l'ordre public. D'après la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 en conformité de la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, les juges constitutionnels ont déclaré « [qu'] il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré »¹⁹¹. L'ordre public est considéré comme nécessaire à l'exercice des libertés et la sauvegarde de l'ordre public comme permettant la préservation des libertés. Depuis 1982, le Conseil constitutionnel considère la sauvegarde de l'ordre public comme un objectif à valeur constitutionnelle¹⁹². Les objectifs n'énoncent pas de droits constitutionnels mais ils sont des buts que le législateur doit prendre en compte lorsqu'il légifère. D'une part, le Conseil constitutionnel a considéré, dans une décision en non-conformité partielle de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité rendue le 9 juin 2011, que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle »¹⁹³. D'autre part, le droit au respect de la vie privée est rattaché à l'article 2 de la DDHC en 1999 par le même conseil¹⁹⁴, il lui est conféré une valeur constitutionnelle. Ainsi, dans la décision rendue le 26 juillet 2019, le Conseil constitutionnel reprend la jurisprudence pré-citée datant de 2011 puis vérifie que la conciliation entre le droit au respect de la vie privée et la lutte contre l'immigration irrégulière participant à la sauvegarde de l'ordre public soit opérée par le législateur. Le droit au respect de la vie privée, ne constituant pas un droit indérogeable, peut être limité. Cette limitation caractérisée par « la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la

¹⁸⁹ CNIL, *Délibération portant avis sur un projet de décret modifiant les articles R. 221-11 et R. 221-12 du CASF relatifs à l'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*, n° 2018-351, 27 novembre 2018, p. 1.

¹⁹⁰ Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019, §5.

¹⁹¹ Conseil constitutionnel, *Décision n° 85-187 DC*, 25 janvier 1985 *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, considérant 3.

¹⁹² Conseil constitutionnel, *Décision n° 82-141 DC*, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, considérant 5.

¹⁹³ Conseil constitutionnel, *Décision n° 2011-631 DC*, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, considérant 64.

¹⁹⁴ Conseil constitutionnel, *Décision n° 99-416 DC*, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, considérant 45.

communication de données à caractère personnel »¹⁹⁵ doit être justifiée « par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif »¹⁹⁶. Il est admis depuis longtemps que « le juge constitutionnel utilise l'intérêt général comme une condition de constitutionnalité destinée à autoriser les restrictions législatives à un certain nombre de droits et de libertés »¹⁹⁷. Le Conseil constitutionnel place la lutte contre l'immigration irrégulière comme un motif d'intérêt général permettant la restriction du droit à la vie privée par la loi, en l'espèce par le décret du 30 janvier 2019. Ainsi, le Conseil constitutionnel met en balance un droit reconnu à valeur constitutionnelle et un objectif à valeur constitutionnel. Au regard de la nature ambiguë de l'objectif à valeur constitutionnelle¹⁹⁸, il pouvait être pensé la primauté du droit à valeur constitutionnelle sur l'objectif. A l'inverse, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière prime de manière évidente constituant le motif d'intérêt général permettant d'entraver le droit au respect de la vie privée. De plus, cet objectif semble être doté d'un caractère autonome¹⁹⁹ à hauteur de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Lorsque Patrick Henriot faisait observer au sujet de la considération de la lutte contre l'immigration irrégulière comme participant à la sauvegarde de l'ordre public que « Et ainsi la boucle est-elle finalement bouclée par la décision du 9 juin 2011 : la sauvegarde de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle/l'infraction de séjour irrégulier constitue, par construction, un trouble à l'ordre public/toute mesure tendant à l'éloignement de son auteur justifie donc « toujours » les restrictions apportées à ses droits et libertés au nom de la sauvegarde de l'ordre public »²⁰⁰, il n'était pas encore attendu que le Conseil constitutionnel puisse justifier la création d'un fichier à finalité répressive auprès des mineurs en danger.

La domination de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière sur la protection du respect au droit à la vie privée ressort de la décision du Conseil constitutionnel consacrant ce tournant objectivement répressif de l'évaluation des MNA. Ce Conseil, composé de personnalités politiques nommées et non de constitutionnalistes, est connu pour sa perméabilité au contexte politique lorsqu'il rend une décision. Il convient de regretter l'immersion de la politique migratoire dans le contrôle de conciliation de liberté opéré par les juges constitutionnels.

2. La garantie de non-utilisation pénale des données

Si la décision du Conseil constitutionnel n'offrait pas de garantie suffisante sur une possible utilisation des données conservées à des fins pénales, le Conseil d'État est venu affirmer cette impossibilité. En effet, le procureur étant le destinataire des données du fichier, il était possible de craindre l'engagement de poursuites par le procureur à l'encontre d'un jeune déclaré majeur. Un officier public ou un fonctionnaire de la préfecture est tenu en vertu de l'article 40 du Code de procédure pénale de prévenir le procureur de la République s'il est en connaissance d'un délit ou crime dans l'exercice de ses fonctions. Une fausse déclaration est une infraction délictuelle régie par l'article 441-6 du Code pénal, le procureur informé pourrait décider de l'opportunité des poursuites. Les infractions de fraude documentaire et de fraude à l'identité peuvent également engendrer des poursuites pour le jeune déclaré majeur. Cependant, le Conseil d'État a précisé, dans son arrêt rendu le 5 février 2020, que la répression des fraude documentaire et fraude à l'identité ne faisait pas partie des finalités de traitement listés dans le décret d'application du 30 janvier 2019. Le procureur de la République est mentionné dans le décret qu'en vertu de sa mission de protection des mineurs en danger conformément à l'article 375-5 du Code civil et non pour engager des poursuites pénales contre les personnes déclarées majeures. Le Conseil d'État le confirme en ces mots « les données collectées ne pourront être utilisées aux fins de recherche et d'établissement de l'existence d'infractions pénales »²⁰¹. Il a encadré l'application du décret en excluant l'utilisation pénale des données recueillies dans le fichier. Il semble regrettable que le législateur ne s'en soit pas chargé de lui-même permettant ainsi d'éviter cette ambiguïté déjà existante entre protection et répression. Il convient de noter que le Conseil d'État mentionne les infractions de

¹⁹⁵ Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019, §4.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ G., MERLAND, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 16, juin 2004.

¹⁹⁸ P., DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 20, juin 2006.

¹⁹⁹ L., CARAYON, « Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées », *Constitutions* [en ligne], 2019, p. 388.

²⁰⁰ P., HENRIOT, « Les sages capitulent », *Plein droit* [en ligne], n° 90, octobre 2011.

²⁰¹ CE, *UNICEF France et a. : Lebon T*, n° 428478, 5 févr. 2020, §22.

fraude documentaire et fraude à l'identité mais non celle de fausse déclaration. Précisant que les données collectées ne peuvent conduire à des poursuites, il apparaît que l'infraction de fausse déclaration ne puisse être encourue. S'agissant de cette utilisation à des fins pénales des données collectées, l'absence de précision de la part du législateur puis du Conseil constitutionnel peut s'interpréter comme une hésitation à l'accentuation du caractère répressif. Écartée par le silence la question prioritaire de constitutionnalité formée par les requérants semble être un aveu d'embarras. L'hésitation a duré plusieurs mois jusqu'à ce que le Conseil d'État se prononce à l'encontre de cette utilisation pénale à travers une preuve implicite présente dans le contenu de la loi.

Ainsi, le législateur, voulant palier aux critiques et la subjectivité de l'évaluation administrative de la minorité et de l'isolement des MNA, a accentué le versant répressif de son analyse. Il a rompu toute égalité entre les mineurs étrangers et nationaux dès l'évaluation de l'âge remettant en cause l'universalité du droit d'un mineur à être protégé. Si lutter contre la multiplication des demandes de protection permet de faciliter cette évaluation et favoriser les MNA ne dérogeant pas aux règles, il semble cependant que la réelle problématique de l'évaluation de l'âge ne soit pas traitée. A la suite de la fraude documentaire, aux mensonges lors de l'entretien s'ajoute la fraude constituée par la multiplication des demandes de protection. Le caractère frauduleux n'est pas avéré dans cette dernière manœuvre. En effet, la multiplication des évaluations de l'âge pouvant conclure à des résultats différents démontre l'incertitude de cette évaluation. Le coût de l'évaluation revenant aux départements, la recherche à la baisse de celui-ci paraît compréhensible. Cependant, il s'agit une nouvelle fois de réduire les chances d'un MNA de se voir accorder une protection, auquel il peut prétendre, au vue du caractère aléatoire de l'évaluation. La possibilité de multiplier les évaluations pourrait aussi être perçue comme une recherche de la véracité de Celles-ci plutôt qu'une tentative de fraude latente. Evidemment, il ne peut sembler envisageable que chaque MNA puisse se faire évaluer maintes et maintes fois dans l'espoir d'accéder à une évaluation plausible. Néanmoins, l'amélioration de la qualité de l'évaluation de l'âge plutôt que la restriction des possibilités de celle-ci semble être plus souhaitable. L'évaluation de l'âge concerne l'étape administrative désormais facilitée ou influencée par le fichier AEM, la détermination de l'âge concerne l'étape suivant une décision de justice.

§3. La détermination de la minorité du mineur non accompagné à travers le recours généralisé à l'examen radiologique osseux

En cas de doute sur la minorité du MNA, fait suite à l'évaluation de son âge la détermination de celui-ci. L'évaluation de son âge ne concerne pas les examens médicaux. En revanche, la détermination de la minorité peut comporter un examen médical. Plusieurs examens médicaux sont utilisés en pratique pour déterminer l'âge d'une personne. Il existe l'examen du développement pubertaire de la personne par une analyse physique du stade de développement sexuel. Longtemps pratiquée en raison de sa facilité et de sa gratuité, cette méthode a cependant été très critiquée au regard de son caractère humiliant et contraire au respect du droit à la vie privée prévu à l'article 8 de la CEDH. L'examen dentaire et la radiographie dentaire sont des examens médicaux peu pratiqués en France qui consistent à évaluer l'âge d'une personne en raison de l'apparition de certaines dents en fin de période de minorité. Enfin, les examens radiologiques des os du carpe ou de la clavicule sont des examens permettant d'évaluer l'âge osseux de la personne. En 2017, la méthode de l'examen du développement pubertaire était utilisée par sept États parties au Conseil de l'Europe²⁰², la méthode de l'examen dentaire par 19 États parties, la méthode de l'examen radiologique de la clavicule par 9 États parties et des os du carpe par 24 États parties²⁰³. L'examen radiologique osseux est l'examen médical de détermination de l'âge des MNA le plus pratiqué par les États. Si l'encadrement du recours à cet examen est critiqué (A), cette

²⁰² En réponse à l'enquête du Conseil de l'Europe, les États ci-après ont déclaré que l'observation de la maturité sexuelle fait partie des méthodes de détermination de l'âge utilisées : Azerbaïdjan, Danemark, Hongrie, Italie, Luxembourg, Fédération de Russie et Ukraine citée par WENKE, D., « Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration », septembre 2017, §132.

²⁰³ WENKE, D., « Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration », septembre 2017, §132.

méthode de détermination d'âge l'est pour sa fiabilité et pour la violation des droits fondamentaux qu'elle représente (B).

A. L'encadrement critiqué de l'examen radiologique osseux

L'examen radiologique osseux fut longtemps pratiqué sans cadre légal en France et en Europe, le recours à cette méthode est désormais encadré. S'il est autorisé tout en devant rester un indice supplémentaire d'évaluation de la minorité (1), le recueil du consentement de la personne se déclarant mineure est une condition à son autorisation pourtant dénigrée (2).

1. Une méthode de détermination d'âge autorisée dans une logique de subsidiarité non respectée

Le Comité des droits de l'enfant a considéré que l'évaluation de l'âge doit « être menée scientifiquement »²⁰⁴. Le terme « scientifiquement » renvoie en matière d'évaluation d'âge à une méthode objective. L'examen radiologique osseux est une méthode scientifique qui est, de ce fait, autorisée par le Comité. A travers l'adoption de la directive « Procédures » par le Parlement et le Conseil de l'Union européenne le 26 juin 2013 le MNA est considéré²⁰⁵. L'article 25 de cette directive traite spécifiquement de ce mineur s'agissant des garanties procédurales lui étant accordées dans le cadre de l'octroi et le retrait d'une protection internationale. Il est autorisé aux États membres de « procéder à des examens médicaux afin de déterminer l'âge d'un MNA dans le cadre de l'examen d'une demande de protection internationale »²⁰⁶. Cet instrument de droit dérivé a autorisé le recours à l'examen radiologique osseux pour déterminer l'âge d'un MNA dans le cadre de l'octroi d'une protection internationale. Il s'agissait d'une pratique amplement répandue dans la pratique des États membres avant l'adoption de cette directive. L'augmentation d'arrivées de MNA sur le territoire de l'Union européenne a contraint l'autorisation et l'encadrement de cette pratique. L'apparition de l'examen radiologique osseux dans le droit français eut lieu lors de l'adoption de la réforme de la protection de l'enfance en 2016. L'article 43 de la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a modifié l'article 388 du Code civil français y incluant la possibilité de recourir à l'examen radiologique osseux pour déterminer l'âge d'une personne. Avant la loi précitée, l'article 388 ne faisait que définir le mineur en droit français. Désormais, cet article interdit le recours à l'examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires mais autorise le recours à l'examen radiologique osseux. L'autorisation par le législateur du recours à cet examen médical fit l'objet d'un contrôle de constitutionnalité à la suite de six questions prioritaires de constitutionnalité posées et transmises par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 21 décembre 2018 en raison du caractère sérieux des questions²⁰⁷. Le conseil constitutionnel a déclaré l'article 388 conforme au bloc de constitutionnalité par sa décision rendue le 21 mars 2019 sur laquelle il conviendra de revenir en détail dans la suite de cette étude. L'examen radiologique osseux a été validé par le Conseil constitutionnel. Le recours à cet examen médical comporte plusieurs conditions à sa légalité. Tout d'abord, il n'est autorisé « [qu'] en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable », qu'en présence d'une « décision de l'autorité judiciaire » et qu'en cas de « l'accord de l'intéressé » selon le second alinéa de l'article 388 du Code civil. Aussi, les conclusions de l'examen qui ne suffisent pas à déterminer la minorité de l'intéressé « doivent préciser la marge d'erreur », et le doute doit bénéficier à l'intéressé selon le troisième alinéa de l'article pré-cité.

Le recours à l'examen radiologique osseux est possible lorsqu'il est demandé par une décision de l'autorité judiciaire. L'article 1183 du Code de procédure civile autorise le juge d'office ou suite à la requête des parties ou du ministère public à « ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure

²⁰⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation Générale n° 6 (2005), CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §31. a).

²⁰⁵ Parlement et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, 2013/32/UE, 26 juin 2013 notée par la suite Directive « Procédures ».

²⁰⁶ *Ibid.*, article 25 paragraphe 5.

²⁰⁷ Cour de cassation, 1ère Civ., 21 décembre 2018, pourvoi n°1242.

d'investigation et d'orientation éducative ». A la suite d'une évaluation administrative de l'âge d'une personne se déclarant mineur concluant à sa majorité, celui-ci peut faire un recours auprès du juge des enfants. Ce dernier peut ordonner un examen radiologique osseux du jeune si celui-ci ne présente pas de papiers d'identité ou si après inspection du bureau des fraudes ceux-ci sont déclarés non authentiques et si la minorité alléguée n'est pas vraisemblable. Cette subsidiarité exigée avant de recourir à l'expertise médicale était exigée par la Cour de cassation dès 2008²⁰⁸. En cas de recours auprès du juge des enfants, la garantie judiciaire semble être consacrée. Néanmoins, l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 mai 2016²⁰⁹ consacre la violation de la subsidiarité imposée par l'article 388 du Code civil. Ce dernier était en vigueur dans sa nouvelle version depuis le 16 mars 2016. En l'espèce, malgré la déclaration d'authenticité des documents d'identité d'un jeune par le bureau des fraudes documentaires, il a été ordonné une expertise médicale osseuse. L'article 47 du Code civil permet en effet d'invoquer des « données extérieures » permettant d'établir que les documents sont falsifiés²¹⁰. L'argumentation lapidaire de la Cour et son absence de contrôle sur l'invocation de ces « données extérieures » permet qu'une violation de la subsidiarité prévue par l'article 388 du Code civil ne soit pas jugée comme tel.

Aussi, lorsque la situation de prise en charge est urgente comme celle d'un MNA, l'ASE prend en charge le mineur et le procureur de la République en est avisé²¹¹. Durant le délai de cinq jours de mise à l'abri (prise en charge urgente) le président du conseil départemental reçoit les documents d'avis des évaluateurs résultants de l'évaluation administrative de l'âge et saisit le procureur de la République²¹² pour qu'il y ait prononcé d'une mesure d'assistance éducative. Au-delà de cinq jours, l'ASE est tenue de saisir le procureur de la République²¹³. La police aux frontières peut également saisir le procureur de la République en vertu de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Le procureur de la République est saisi de manière relativement automatique lorsqu'il s'agit d'un MNA, celui-ci étant compétent pour ordonner le recours à l'examen osseux. En raison de la subjectivité de l'évaluation administrative et de la suspicion de fraude récurrente, l'examen radiologique osseux apparaît comme le recours donnant la décision de minorité ou de majorité.

Si l'article 388 du Code civil établit des conditions cumulatives²¹⁴ à la légalité du recours à l'examen radiologique osseux, l'autorité judiciaire compétente doit vérifier que les conditions soient remplies. Lorsque l'examen est demandé par le juge des enfants, la procédure respecte les principes du contradictoire de l'égalité des chances et le jeune peut être représenté légalement par un tuteur ou un avocat. Le procureur de la République décide de l'opportunité des poursuites judiciaires. Il est chargé des investigations en amont de l'examen radiologique osseux à savoir la vérification de l'authenticité des documents d'identité en transmettant les documents au bureau des fraudes documentaires. Néanmoins, la vérification de la vraisemblance de l'âge allégué par l'intéressé relève d'une procédure contradictoire devant l'autorité judiciaire possible à travers une appréciation *in concreto*²¹⁵. L'autorité judiciaire doit motiver sa décision de non-vraisemblance avec l'âge allégué²¹⁶. Si le doute subsiste, l'évaluation administrative ne pouvant avoir recours à l'examen radiologique osseux, la procédure devient judiciaire et la garantie est le respect du contradictoire. Le juge des enfants constitue la garantie judiciaire de la subsidiarité du recours à l'examen radiologique osseux. Le procureur de la République doit décider s'il est opportun de saisir le juge des enfants pour poursuivre la détermination de l'âge de l'intéressé. En droit français, le procureur de la République peut ordonner l'examen radiologique osseux ce qui constitue, selon le Défenseur des droits, une violation du principe du contradictoire²¹⁷. De plus, le respect du contradictoire étant exigé lors des résultats des expertises médicales de l'âge, le juge des enfants, ayant de nouveaux éléments techniques, doit les soumettre au contradictoire pour prendre sa décision. Cette négligence est très peu contrôlée en pratique. Néanmoins, deux arrêts rendus par la

²⁰⁸ Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 23 janvier 2008, *Bull.* 2008, pourvoi n° 06-13.344.

²⁰⁹ Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 11 mai 2016, *Bull.* 2016, pourvoi n° 15-18731.

²¹⁰ En ce sens, M., BLONDEL, « Le mineur isolé étranger demandeur d'asile en France : entre nécessité de protection et résistance sécuritaire », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], n° 13, 2018, p. 6.

²¹¹ CASF, article L223-2, alinéa 2.

²¹² CASF, IV de l'article R. 221-11.

²¹³ *Ibid.*, alinéa 4.

²¹⁴ Circulaire relative à la protection judiciaire de l'enfant, NOR : JUSF1711230C, 19 avril 2017, fiche 10.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Défenseur des droits, Décision n°2019-275, 6 novembre 2019, p. 11.

Cour d'appel de Toulouse²¹⁸ et la Cour d'appel de Versailles²¹⁹ sanctionnent de nullité la décision d'un juge des enfants n'ayant pas soumis les résultats de l'expertise au contradictoire.

En 2016, le Comité des droits de l'enfant a demandé à la France de mettre fin aux recours aux examens osseux comme méthode principale pour déterminer l'âge des enfants et de recourir à d'autres méthodes plus précises²²⁰. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ainsi que la Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme avait précisé respectivement en 2011 et 2012, que l'évaluation de l'âge ne devrait intervenir qu'en cas de doute²²¹. L'entreprise de l'évaluation administrative de l'âge doit intervenir en cas de doute sur la minorité de l'intéressé. *A fortiori* le recours à l'examen radiologique osseux obéit à la même logique après que le premier doute n'ait pas été résolu par l'évaluation administrative. La circulaire ministérielle du 31 mai 2013, relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers²²², rappelle que l'expertise médicale de l'âge n'est possible qu'en cas de persistance du doute de l'évaluation sociale et documentaire. Pourtant, au regard du climat de suspicion animant l'évaluation administrative et le législateur sur la fraude des MNA, l'examen radiologique osseux intervient non plus en cas de doute mais comme une nouvelle vérification de l'absence de fraude. Il n'est plus utilisé en dernier recours comme il le devrait mais comme le recours de vérification suprême. Toutefois, l'examen radiologique osseux ne résume pas l'examen médical de détermination d'âge puisqu'un entretien avec un professionnel de santé appartient à cet examen médical. L'article 388 du Code civil ne prévoit que l'examen radiologique osseux alors que l'article 1183 du Code de procédure civile ne vise pas uniquement cet examen. Le législateur a souhaité réduire la détermination de l'âge à une seule partie de l'examen abaissant alors l'étendue de la technique du faisceau d'indices et la qualité de la détermination de l'âge de l'intéressé. Le recours généralisé à l'examen radiologique osseux comme méthode principale de détermination de l'âge fait défaut à la condition posée par l'article 388 du Code civil de l'insuffisance de cet examen. La technique du faisceau d'indices guide de moins en moins la détermination de l'âge.

Ainsi, le recours à l'examen radiologique osseux est une méthode de détermination de l'âge des personnes se déclarant MNA mais sa primauté dans l'évaluation de l'âge n'en découle pas. Alors que cette expertise médicale appartient à la phase judiciaire de l'évaluation de l'âge le respect du principe du contradictoire n'est pas toujours vérifié au préalable de la décision judiciaire l'ordonnant. Son utilisation comme méthode principale de détermination de l'âge pourtant contraire au droit est constatée et reprochée à la France. Ce recours systématique est d'autant plus inquiétant que le recueil du consentement du jeune n'est pas toujours garanti.

2. La violation du consentement du mineur non accompagné dans la pratique de l'examen radiologique osseux

La CDE consacre à l'enfant, en son article 12, le droit d'être entendu et de voir ses opinions prises en considération dans les procédures judiciaires et administratives le concernant. L'examen radiologique osseux fait suite à une décision de l'autorité judiciaire en vertu de l'article 388 du Code civil. Il fait partie intégrante de la procédure judiciaire ce qui implique le recueillement de son consentement pour respecter l'article 12 de la CDE. L'article 4 de la résolution adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 26 juin 1997 insiste sur la nécessité d'obtenir « l'accord du mineur, d'un organisme ou d'un représentant adulte désigné spécialement »²²³ pour avoir recours à un « test médical concernant l'âge »²²⁴.

L'examen radiologique osseux constitue un acte médical qui obéit aux règles d'éthique médicale. Le consentement à un acte médical est apparu lors de l'adoption du Code de Nuremberg en 1947 qui a

²¹⁸ Cour d'appel de Toulouse, Chambre spéciale des mineurs, 14 décembre 2018, n°2018/261.

²¹⁹ Cour d'appel de Versailles, Chambre spéciale des mineurs, 14 décembre 2018, n°18/00390.

²²⁰ Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, §74.b.

²²¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1810 concernant les problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, 15 avril 2011, §5.10 et Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Etude sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations*, A/HCR/15/29, juillet 2010, §44.

²²² Circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation, NOR : JUSF1314192C, 31 mai 2013, p. 10.

²²³ Conseil de l'Union européenne, *Résolution concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers*, 97/C 221/03, 26 juin 1997, article 4, 3. b).

²²⁴ *Ibid.*

posé dix grands principes éthiques relatifs à l'éthique médicale et à la recherche biomédicale. Le premier est le « consentement volontaire du sujet pourvu de la capacité légale totale de consentir sans contrainte d'aucune sorte, et avec connaissance détaillée de la nature et des risques de l'expérience. L'expérimentateur ne peut déléguer sa responsabilité dans ce domaine », autrement dit un consentement libre et éclairé. Aussi, l'article 7 du PIDCP adopté le 16 décembre 1966 en vue de compléter la DUDH interdit, en ces mots, « de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ». L'exigence du consentement pour tout acte médical est imposée en droit français à l'article L.1111-4, alinéa premier du Code de la santé publique qui dispose que « toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ». L'examen radiologique osseux constitue une décision concernant sa santé en raison des risques d'une exposition aux rayons X. Cependant il s'agit d'un acte « sans intérêt thérapeutique et dans un but purement administratif »²²⁵ fondant l'indignation du Royal College of Radiologists de Londres considérant injustifié l'exposition des enfants à des radiations ionisantes. L'article 371-1 du Code civil relatif à l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant impose le recueil du consentement des parents pour protéger la santé de son enfant. Le MNA étant par définition isolé, l'autorité parentale ne peut s'appliquer. L'article 388 du Code civil impose le recueil de l'accord du mineur pour procéder à l'examen radiologique osseux. Il est précisé dans la circulaire relative à la protection judiciaire de l'enfant en date du 19 avril 2017 que le recueil du consentement du mineur n'appartient pas à l'autorité judiciaire selon l'article 388 alinéa second du Code civil²²⁶. Selon cette circulaire le consentement doit être recueilli par le médecin conformément au droit international²²⁷ et de l'Union européenne²²⁸ contraignant lors d'un entretien avec le mineur dans une langue qu'il comprend et avec l'aide d'un interprète si nécessaire. Il convient de relever la dénonciation de violations du consentement des jeunes²²⁹ avant la réforme de la protection de l'enfance en France intervenant en 2016 dans laquelle le législateur a rappelé cette exigence fondamentale.

Le consentement du jeune pour pratiquer l'examen radiologique osseux doit être éclairé c'est-à-dire qu'une condition d'information est préalable à son recueil. Le jeune a un droit à l'information s'agissant de l'examen médical. Selon le Défenseur des droits, ce droit à l'information « comprends des informations sur la méthode d'examen et les conséquences possibles des résultats de cet examen médical pour l'analyse de la demande de protection, ainsi que sur les conséquences qu'entraînerait le refus du MNA de subir un tel examen médical »²³⁰. L'article L. 1111-2, alinéa premier du Code de la Santé publique dispose que « cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ». Si le contenu de l'information devant être donnée au MNA est définie par le droit français, le devoir d'information incombant au médecin concerne les informations relatives au versant médical de l'expertise médicale. Le médecin doit informer le jeune des conséquences physiologiques de l'examen radiologique osseux mais n'est pas tenu par les textes de l'informer des conséquences juridiques. L'information des conséquences juridiques et procédurales de cette expertise sort de la compétence du médecin c'est-à-dire du devoir d'information du médecin. Le consentement recueilli par le médecin est le consentement à l'acte d'expertise médicale. Ainsi, il en découle que l'établissement d'un consentement éclairé comporte deux versants. L'un est constitué du consentement à l'acte médical, l'autre du consentement à accepter les conséquences de l'expertise médicale. Deux droits à l'information doivent être respectés à savoir un droit à l'information

²²⁵ Défenseur des droits, Décision n°2019-275, 6 novembre 2019, p. 7.

²²⁶ La circulaire relative à la protection judiciaire de l'enfant du 19 avril 2017 dispose que « le juge ou le procureur n'a pas à interroger l'individu avant de prendre sa décision d'examen médical » à la page 4 de la fiche 10.

²²⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997, article 5.

²²⁸ Liste non-exhaustive des instruments de droit dérivé relatif au consentement du patient : Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, 95/46/CE 24 octobre 1995 ; Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain*, 2001/20/CE, 4 avril 2001 ; Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains*, 2004/23/CE, 31 mars 2004 etc.

²²⁹ CCNE, *Avis sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*, n° 88, 23 juin 2005, p. 3 ; CNCDH, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014, p. 7.

²³⁰ Défenseur des droits, Décision n°2019-275, 6 novembre 2019, p. 16.

des conséquences médicales et un droit à l'information des conséquences juridiques de l'expertise. Or, au regard de ce qui a été dit précédemment l'article 388 du Code civil n'impose pas à l'autorité judiciaire de recueillir le consentement du jeune. Le législateur n'ayant pas prévu expressément que le consentement soit recueilli par l'autorité judiciaire, la garantie du respect du droit à l'information des conséquences juridiques de l'expertise en est nécessairement amoindrie. Il serait souhaitable pour le jeune de garantir le droit à l'information relatif au cadre juridique par l'autorité judiciaire et le droit à l'information relatif au cadre médical par le médecin pour que le consentement du MNA soit véritablement éclairé.

Si la connaissance des conséquences juridiques en cas de refus de subir l'examen radiologique osseux relève du consentement éclairé, la possibilité de refuser de subir cet examen relève du consentement libre. L'article 388 du Code civil dispose que « les conclusions de ces examens, [...], ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur ». A raison de la technique du faisceau d'indices devant guider l'évaluation de l'âge du MNA, le refus de se soumettre à l'examen ne peut entraîner la déclaration de sa majorité. La possibilité de refuser l'expertise médicale est consacrée en droit international²³¹ et en droit dérivé de l'Union européenne²³². Cependant, en raison de la subjectivité de l'évaluation de l'âge le refus opposé à une décision d'une autorité judiciaire de recours à l'expertise médicale est interprétée comme un indice de fraude à la minorité. La circulaire du 19 avril 2017 précise que ce refus ne « vaut pas présomption de majorité » mais qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'en tirer les conséquences. Le Conseil constitutionnel est venu rappeler ce principe en ces mots « la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux ». Or, les enquêtes de terrains montrent qu'un refus s'accompagne de conséquences négatives pour le jeune puisque la sincérité est remise en cause²³³. La primauté accordée en pratique à la portée de l'examen radiologique osseux n'est pas compatible avec une libre expression du consentement des MNA.

Ainsi, eu égard à l'imprécision de l'article 388 du Code civil s'agissant du recueil du consentement de la personne se déclarant mineure, il convient de constater le déficit d'éclaircissement de son consentement à subir un examen radiologique osseux. De plus, cet expertise médicale qui n'est pas toujours librement consentie constitue, en France, la méthode principale de détermination de l'âge. Il est constaté certaines faiblesses au sein des garanties encadrant le recours à l'examen radiologique osseux. Cette méthode de détermination de l'âge est aussi critiquée au regard de sa fiabilité et de son ingérence dans les droits fondamentaux du MNA.

B. L'examen radiologique osseux : une méthode peu fiable contraire aux droits fondamentaux du mineur non accompagné

L'examen radiologique osseux est critiqué pour le cadre légal lui ayant été conféré. Mais, cet examen est également critique au regard de son existence propre. En effet, il s'agit d'une méthode de détermination d'âge critiquée pour sa fiabilité (1) et pour l'ingérence dans les droits fondamentaux des MNA qu'elle représente (2).

1. L'application d'une méthode critiquée pour sa fiabilité

L'étude sémantique est souvent un indicateur de l'évolution d'une notion et de l'analyse de celle-ci. L'examen radiologique osseux présenté dans cette étude comporte plusieurs dénominations comme « test osseux » ou « détermination d'âge », toutefois le nom scientifique est « estimation d'âge physiologique ». Le terme « examen » induit idée de certitude alors que le terme « estimation » relève la possibilité d'une marge d'erreur. Malgré le souhait d'une décision précise de la part de l'autorité judiciaire la demandant, cette méthode de détermination d'âge ne l'est pas autant que voulue. A la suite

²³¹ T., SMITH et L., BROWNLEES, *La détermination de l'âge : note technique*, UNICEF, New York, 2013, p. 13 et 14 ; Separated Children in Europe Programme (HCNUR), Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children in Europe, 2012, p. 14.

²³² Directive « Procédures », article 25.5(c)

²³³ C., BAILLEUL, D., HERNANDEZ SENOVILLA, *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016, p. 76.

de la prise de radiographie de l'os du poignet gauche, le résultat est comparé à des radiographies de références. L'atlas de Greulich et Pyle regroupe ces radiographies de références. Il a été publié dans les années 1950 sur la base de radiographies datant des années 1930 issues d'une étude sur la maturation osseuse des enfants et adolescents. Les auteurs de cet atlas sont deux médecins américains (M. Greulich et M. Pyle) ayant porté leur études sur des jeunes blancs nord-américains de la classe moyenne. De prime abord, le choix de l'atlas de comparaison est problématique. En effet, au regard des statistiques publiés par le Ministère de la Justice pour l'année 2019²³⁴, les pays d'origine des MNA sont la Guinée, le Mali, la Côte d'Ivoire majoritairement et la Tunisie, l'Algérie, le Sénégal, le Bangladesh, le Pakistan, l'Afghanistan, l'Albanie et le Maroc ensuite. Les MNA présents en France faisant l'objet de l'examen radiologique osseux ne sont pas nord-américains, blancs et de classe moyenne. Ce constat paraît excessivement simple pour remettre en cause la méthode de l'examen radiologique osseux, il est pourtant véridique. Si l'objet de cette étude n'est pas d'exposer les raisons médicales prouvant le manque de fiabilité de cette méthode de détermination de l'âge, il convient de relater les différentes études sérieuses le dénonçant. Tout d'abord, il ressort de multiples études scientifiques relatées dans nombre de rapports internationaux que la méthode de l'examen radiologique osseux est peu fiable s'agissant de jeunes âgés de 15 à 18 ans²³⁵. Aussi, une étude italienne et une étude française ont pu montrer des écarts parfois importants entre l'âge chronologique et l'âge osseux mesuré²³⁶. L'âge osseux correspond à l'âge physiologique c'est-à-dire l'âge reflétant l'état physiologique ou fonctionnel exact de l'individu. Celui-ci peut être différent de l'âge chronologique qui ne peut être mesuré. Enfin, il est également prouvé que plusieurs facteurs influencent le déroulement de la puberté et la maturation osseuse du squelette²³⁷. Si la méthode de l'examen radiologique osseux est peu précis, une confusion entre l'âge civil déterminé et l'âge de maturation physiologique déterminée est opérée. Il s'avère que les populations africaines ont un âge de maturation physiologique plus important que les populations blanches américaines à un âge civil donné. Afin de se baser sur la méthode de l'examen radiologique osseux, il faudrait *a minima* avoir des valeurs d'âge osseux correspondantes à l'âge civil de 18 ans pour les pays d'origine des MNA. Néanmoins la position de la société suisse de pédiatrie Paediatrica écarte la possibilité de déterminer l'âge de manière uniforme en ces mots « (...) comme cela a déjà été démontré et publié à diverses reprises, que cela soit pour l'âge osseux, l'examen physique ou dentaire, ces outils sont trop approximatifs et présentent des écarts-types larges, ils se fondent sur des tables de références souvent non adaptées car ne tenant compte ni de l'origine ethnique ou socio-économique du jeune, ni d'éventuelles pathologies endocriniennes pouvant influencer les résultats. Aujourd'hui, aucune méthode scientifique ne permet d'établir précisément l'âge d'un jeune qui se situerait entre 15 et 20 ans afin de définir avec certitude s'il est majeur ou mineur : en effet des valeurs d'adultes peuvent être trouvées chez un jeune mineur conduisant à une surévaluation de son âge »²³⁸. Ajoutant à cette grande imprécision, le Défenseur des droits a fait remarquer en 2019 l'absence de consensus autour de la méthode²³⁹. Les zones du corps radiographiées ne sont pas les mêmes suivant les États membres de l'Union européenne où elles sont prises. Il a été relevé dans le Commentaire de la décision de conformité de l'examen radiologique osseux au bloc de constitutionnalité rendue par le Conseil constitutionnel le 21 mars 2019 « l'absence de protocole unique concernant les techniques utilisées et la grande diversité des pratiques qui en découle qui sont critiquées »²⁴⁰. L'entrée dans le régime de protection du mineur est basée sur la minorité de la personne, celle-ci ne peut être mesurée précisément par la méthode de l'examen radiologique osseux.

²³⁴ DPJJ, *Rapport annuel d'activité 2019 : Mission Mineurs Non Accompagnés*, mai 2020, p. 8.

²³⁵ T., SMITH et L., BROWNLEES, *Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography*, UNICEF, New York, April 2011 ; J-L., CHAUSSAIN et Y., CHAPUIS, *Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés*, Académie nationale de médecine française, Paris, 16 janvier 2007 ; Haut Conseil de la Santé publique, *Avis sur l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé*, 2014 ; The Royal College of Paediatrics and Child Health, « X-rays and Asylum seeking children : policy statement », 2007 ; Comité consultatif national d'éthique, Avis n° 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques, 2004 ; The Royal College of Paediatrics and Child Health, *The Health of Refugee Children - Guidelines for Paediatricians*, King's Fund, Londres, 1999.

²³⁶ M., TISE, L., MAZZARINI, G., FABRIZZI, *et al.*, « Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample », *International Journal of Legal Medicine*, 125, pp 411-416, 2011 ; D., ZABET, C., RÉROLLE, J., PUCHEUX *et al.*, « Can the Greulich and Pyle method be used on French contemporary individuals? », *International Journal of Legal Medicine*, 129, 2015, pp 171-177.

²³⁷ The Royal College of Paediatrics and Child Health, *The Health of Refugee Children - Guidelines for Paediatricians*, King's Fund, Londres, 1999 ; The Royal College of Paediatrics and Child Health, policy statement on X-rays and Asylum seeking children, 2007.

²³⁸ Cité par Défenseur des droits, Décision n°2019-275, 6 novembre 2019, p. 8.

²³⁹ Défenseur des droits, Décision n° 2019-275, 6 novembre 2019, p. 9.

²⁴⁰ Conseil constitutionnel, Commentaire Décision n° 2018-768 QPC, 21 mars 2019, p 11.

Le Comité des droits de l'enfant s'est prononcé contre l'utilisation de la méthode du test osseux comme méthode principale de détermination de l'âge en 2016 dans le cadre de l'examen périodique de la France. Il a dénoncé une trop grande imprécision et une trop large marge d'erreur de l'examen radiologique osseux pour constituer une méthode unique de détermination d'âge dans une décision rendue contre l'Espagne le 31 mai 2019²⁴¹. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a rappelé en 2011 l'incertitude de la méthode de détermination de l'âge osseux et qu'il s'agit par définition d'une estimation ayant une marge d'erreur de plusieurs années²⁴². Le Parlement européen a reconnu les « grandes marges d'erreur » qu'impliquent les méthodes de détermination de l'âge osseux ou de calcification dentaire et a demandé à la Commission européenne une position commune afin d'uniformiser ces méthodes au sein de l'Union²⁴³. Enfin le Comité européen des droits sociaux a considéré la dite méthode de détermination d'âge « inefficace et inadaptée »²⁴⁴. La reconnaissance de l'absence de fiabilité de l'examen radiologique osseux est faite par les organes de protection internationale et européenne des droits fondamentaux. Cette critique massive et univoque est traduite en droit français à travers l'exigence de précision de la marge d'erreur de l'examen par l'article 388 du Code civil. De plus, la subsidiarité est un principe devant être pris en compte lors de la décision sur la minorité du MNA selon le troisième alinéa de l'article pré-cité. L'estimation donnée par l'examen radiologique osseux doit être considéré comme un « indice parmi d'autres »²⁴⁵ pour se prononcer sur la minorité d'un MNA. Enfin, le Conseil constitutionnel a admis une « marge d'erreur significative »²⁴⁶ concernant cette méthode de détermination de l'âge. Malgré cette reconnaissance de la marge d'erreur et la dénonciation du respect aléatoire de la subsidiarité de la méthode de l'examen radiologique osseux, le Conseil constitutionnel a conclu au respect du principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁴⁷. La décision insiste sur les garanties devant entourer la portée de cette méthode de la détermination de l'âge des mineurs dans la décision de minorité. Si la conclusion du respect de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant paraît surprenante, il convient d'admettre qu'un réel respect de la subsidiarité en pratique n'entraînerait pas cette déception.

Le Comité des droits de l'enfant a exigé dès 2005 que le doute bénéficie au mineur dans le cadre de la détermination de son âge²⁴⁸. Le droit français est aussi explicite que le Comité depuis l'inclusion en 2016 de l'assertion « le doute profite à l'intéressé » à l'article 388 du Code civil. Eu égard au caractère imprécis de l'examen radiologique osseux, la mention du législateur revêt une importance considérable afin que la pratique de cet examen puisse être contrôlée. Il est heureux de relever l'effectivité de ce principe dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 18 août 2017. En l'espèce, la Cour d'appel fait bénéficier le doute à un individu se présentant comme mineur mais pour lequel l'examen radiologique osseux fait état d'un âge compris entre 18 et 20 ans sans précisé la marge d'erreur. La Cour a alors déclaré l'individu MNA et a ordonné qu'il soit « confié au service de l'ASE de Paris »²⁴⁹.

Si l'inscription dans la loi du principe de bénéfice du doute au mineur faisant l'objet d'un examen radiologique osseux est une garantie importante afin de ne pas déclarer majeur un MNA, cette méthode de détermination d'âge reste peu fiable et invasive.

2. Une méthode invasive non respectueuse des droits fondamentaux du mineur non accompagné

L'examen radiologique osseux est un acte médical de radiologie de l'ossature, généralement de celle du poignet gauche. Il est déduit de l'imagerie de la maturation osseuse l'âge osseux de l'individu. Un examen médical invasif désigne un examen médical requérant effraction de la peau c'est-à-dire une

²⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la Comunicación, CRC/C/81/D/16/2017, 31 de mayo de 2019.

²⁴² Commissaire aux droits de l'homme au Conseil de l'Europe, Les méthodes d'évaluation de l'âge des migrants mineurs doivent être améliorées, 2011 cité par Défenseur des droits, Décision n°2019-275, 6 novembre 2019, p. 8.

²⁴³ Parlement européen, *Résolution sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, P7_TA(2013)0387, 12 septembre 2013, §15.

²⁴⁴ CEDS, Comité Européen d'Action Spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur Milieu de Vie (EUROCEF) c. France, 24 janvier 2018, §113.

²⁴⁵ En ce sens, A-B, CAIRE, « L'examen radiologique osseux de l'article 388 du Code civil, un simple indice dans la détermination de l'âge », *RDSS* [en ligne], 2019, p. 453.

²⁴⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-768 QPC, 21 mars 2019, §7.

²⁴⁷ *Ibid.*, §13.

²⁴⁸ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §31.

²⁴⁹ Cour d'appel de Paris, 18 août 2017, n° 17/07585, p. 4.

intervention chirurgicale - aussi minime soit-elle -. Le terme « invasif » renvoie au fait que l'examen médical puisse affecter l'organisme. La radiologie, ou imagerie médicale est considérée médicalement comme une méthode non-invasive d'examen. En effet, la radiologie permet d'avoir une radiographie c'est-à-dire une image de l'intérieur du corps humain sans qu'il n'y ait à inciser la muqueuse ou la peau de l'individu. L'examen radiologique osseux n'est pas un examen invasif selon le lexique médical. Pourtant, le 12 septembre 2013, le Parlement européen a qualifié les techniques médicales usitées pour déterminer l'âge d'un MNA, dont celles basées sur l'âge osseux, comme invasif²⁵⁰. Dans la même phrase, le Parlement a expliqué la définition qu'il utilisait du terme « invasif » désignant ce qui peut « occasionner des traumatismes »²⁵¹. Si l'exposition aux rayons X peut s'avérer problématique physiologiquement, cette exposition étant de courte durée, les risques encourus ne sont pas négligeables. La menace pour la santé de l'individu est très faible. À cet égard, Royaume-Uni et l'Irlande ont interdit l'examen radiologique osseux en se basant sur la directive 97/43/Euratom du Conseil de l'Union européenne du 30 juin 1997 relative à la protection sanitaire des personnes contre les dangers des rayonnements ionisants lors d'expositions à des fins médicales²⁵². Seules des méthodes non-médicales sont utilisées pour déterminer l'âge d'une personne se déclarant mineure. Alors qu'un acte médical a généralement une visée d'amélioration de la santé de l'individu le subissant, l'examen radiologique osseux n'est pas un acte médical à visée thérapeutique. Il s'agit d'un acte médical en vue d'un contrôle judiciaire. A l'instar du relevé d'ADN ou du test d'alcoolémie, il s'agit d'un acte médical signifiant l'aboutissement de la technique du faisceau d'indice. Celle-ci mène à penser qu'au plus une infraction a été commise ou qu'au moins une fraude est possible. Au regard de l'étude menée démontrant la faible effectivité de la technique du faisceau d'indice en matière de détermination d'âge, s'interroger sur la nécessité de réaliser un acte médical pouvant avoir des conséquences nocives sur l'individu devient utile. Le Défenseur des droits a fait état du caractère invasif de l'examen radiologique osseux au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de l'article 388 du Code civil français. Les juges constitutionnels ont considéré que les examens radiologiques osseux « n'impliquent aucune intervention corporelle interne et ne comportent aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes »²⁵³. Ils n'ont alors pas considéré ces examens comme invasifs conformément à la définition médicale. En somme, suivant la définition donnée au terme invasif, l'examen radiologique osseux de détermination d'âge est invasif ou ne l'est pas. Si l'ajout de l'expression examen radiologique osseux invasif s'agissant des MNA peut permettre de rappeler l'absence de visée thérapeutique et les effets indésirables qu'il engendre, cet emploi est alors souhaitable.

La CDE accorde à l'enfant un droit au respect de sa vie privée en son article 16. L'article 8 de la Convention EDH consacre la protection de ce droit fondamental. Il est inclus au droit au respect de la vie privée le droit à l'intégrité physique, psychologique et morale. Le Comité des droits de l'enfant demande le respect de l'intégrité physique de l'enfant lors de l'évaluation d'âge²⁵⁴. L'article 3 de la CDFUE consacre également de droit à l'intégrité de la personne humaine. L'alinéa premier de cet article entend l'intégrité physique et mentale de la personne humaine. Conformément à l'alinéa second de l'article pré-cité, le respect du droit à l'intégrité de la personne humaine dans le cadre de la médecine est conditionné au respect du consentement libre et éclairé de l'intéressé prévu par la loi. Selon la jurisprudence de la CEDH, un examen médical, même d'importance minime, pratiqué sans le consentement de l'intéressé peut constituer une ingérence proportionnée au droit protégé à l'article 8 de la CEDH s'il est prévu par la loi. Cette ingérence doit être prise dans un objectif légitime. Une telle ingérence proportionnée a été reconnue dans l'arrêt *Acmanne et autres contre Belgique*²⁵⁵ et dans l'arrêt *Boffa et 13 autres contre Saint-Marin*²⁵⁶. Il convient de relever que l'intérêt légitime considéré est la protection de la santé publique et de celle des intéressés. Cet objectif légitime ne peut être reconnu lors d'un examen radiologique osseux de détermination d'âge n'ayant pas d'objectif thérapeutique. Toutefois, la Cour a

²⁵⁰ Parlement européen, *Résolution sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, P7_TA(2013)0387, 12 septembre 2013, §15.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² M., BLONDEL, « Le mineur isolé étranger demandeur d'asile en France : entre nécessité de protection et résistance sécuritaire », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], n° 13, 2018, note n° 77.

²⁵³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-768 QPC, 21 mars 2019, §18.

²⁵⁴ Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §31. i.

²⁵⁵ CEDH, *Acmanne et autres contre Belgique*, n° 10435/83, 10 décembre 1984.

²⁵⁶ CEDH, *Boffa et 13 autres contre Saint-Marin*, n° 26536/95, 15 janvier 1998.

reconnu dans l'arrêt *Salveti contre Italie*²⁵⁷ qu'une ingérence dans le droit à l'intégrité physique de l'individu peut être justifié par l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou du bien-être économique du pays, pour la défense de l'ordre et la prévention du crime, pour la protection de la santé ou de la morale ou pour la protection des droits et libertés d'autrui. Il peut donc être conclu que l'ingérence dans l'intégrité physique à travers l'examen radiologique osseux peut être justifiée par un des objectifs d'intérêt légitime pré-cités. Alors, outre le fait que l'intérêt légitime soit consacré, la Cour devra prouver que cette ingérence dans le droit à l'intégrité soit nécessaire et proportionnée. Au regard de l'absence de fiabilité de la méthode de l'examen radiologique osseux, de son interdiction dans certaines législations européennes et de l'existence d'autres méthodes d'évaluation d'âge, il est possible de considérer que l'ingérence dans le droit fondamental du MNA ne soit pas reconnue comme nécessaire et proportionnée. La reconnaissance par le Parlement européen de la violation de l'intégrité physique du MNA par la méthode de l'examen radiologique osseux plaide en ce sens. *A fortiori* si l'examen est réalisé sans le consentement du MNA, la Cour a considéré que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient, s'il est adulte et sain d'esprit, s'analyse en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 de la Convention »²⁵⁸. La mention du critère de majorité dans l'analyse de la Cour pourrait être revu au regard de la condition d'isolement du MNA et entraînerait une possible remise en cause des droits protégés par l'article 8 de la Convention.

La préambule de la CDE rappelle l'importance de la dignité humaine dans la pensée des peuples des Nations Unies et l'applique à la personne de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant a exigé que le principe de dignité de l'enfant soit respecté dans le cadre de l'évaluation de l'âge des MNA en ces mots « cette évaluation doit en outre se faire avec tout le respect dû à la dignité humaine »²⁵⁹. Le droit à la dignité est considéré comme une condition combinée au droit au respect de l'intégrité physique de l'enfant. Le droit à la dignité est protégé en Europe à travers l'article 3 de la Convention EDH interdisant la torture et les traitements inhumains et dégradants. La dignité humaine constitue un droit inviolable selon l'article premier de la CDFUE. Il est alors un droit fondamental reconnu, protégé et intangible. Il a été relevé par le Parlement européen en 2013 que les méthodes médicales de détermination de l'âge incluant l'examen radiologique osseux peuvent constituer une atteinte à la dignité d'un enfant²⁶⁰. Cette atteinte à la dignité est un élément constitutif d'un traitement inhumain et dégradant lorsque celui-ci est réalisé sans le consentement du mineur. Le traitement dégradant est un traitement qui suscite des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier et à avilir une victime²⁶¹. Si le consentement du jeune examiné est recueilli de manière claire et libre, l'ingérence dans le droit à la dignité humaine ne semble pas caractérisée. La CEDH a précisé en 2006 que l'intervention médicale de force c'est-à-dire sans consentement n'était pas interdite en principe, cependant celle-ci doit être susceptible de faire avancer l'enquête sur une infraction²⁶². Or dans le cadre de la détermination de l'âge par examen radiologique osseux deux cas sont possibles. Dans le premier cas, les documents d'identités fournies ne sont pas déclarés authentiques par le bureau des fraudes documentaires, l'examen radiologique osseux peut être ordonné en toute subsidiarité comme un indice supplémentaire pour évaluer la minorité. Cette intervention médicale fait partie intégrante d'une enquête pour fraude à l'identité ou production de faux. Il semble que le droit fondamental à la dignité ne soit pas expressément violé. Dans le second cas, il arrive que l'examen radiologique osseux soit ordonné alors même que le bureau des fraudes documentaires a déclaré les documents d'identités authentiques, ou même s'il ne peut se prononcer en raison de la présomption d'authenticité, et que le consentement ne soit pas recueilli de manière libre et éclairée. Dans ce cas, il semble que le droit fondamental à la dignité humaine puisse être considéré comme violé en raison de l'absence de visée thérapeutique et du caractère forcé de l'examen. De plus, la Cour a conclu à une violation de l'article 3 de la CEDH, dans un arrêt rendu le 2 juillet 2019, en raison d'une violation de l'intégrité physique d'un

²⁵⁷ CEDH, *Salveti contre Italie*, n° 42197/98, 9 juin 2002.

²⁵⁸ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, 29 avril 2002 cité par CEDH, *Note d'information sur la jurisprudence de la Cour 41*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme [en ligne], avril 2002.

²⁵⁹ Comité des Droits de l'Enfant des Nations Unies, Observation générale n° 6 sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §31. i.

²⁶⁰ Parlement européen, *Résolution sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, P7_TA(2013)0387, 12 septembre 2013, §15.

²⁶¹ A., REIDY, « Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Précis sur les droits de l'homme* [en ligne], n° 6, 2003, p. 16.

²⁶² CEDH, Grande Chambre, *Jallob c. Allemagne*, n° 54810/00, 11 juillet 2006, §3.

individu contre son gré par un test urinaire par cathéter puisqu'un test sanguin suffisait pour mesurer son taux d'alcoolémie²⁶³. Si les faits d'espèce sont évidemment plus traumatisants qu'un examen radiologique osseux même forcé, l'impact psychologique et les circonstances de faits pourraient constituer une violation de la dignité humaine.

Le MNA est un mineur particulièrement vulnérable. La notion de « MNA » est définie par le droit supra-national. Le droit français ne définit pas cette notion. Il le considère comme un mineur étranger isolé. Il est ainsi compris pourquoi la notion de « mineur isolé étranger » a été longtemps employée par les autorités françaises ainsi que par la doctrine française encore aujourd'hui. Ne pas définir la notion revient à ne pas octroyer un statut particulier au MNA, ce qui participe à une logique louable de ne pas distinguer le mineur isolé national du mineur isolé étranger. La portée du principe de non-discrimination est importante en droit français. Il s'agit alors d'une volonté de protéger de manière similaire ces deux mineurs n'ayant pas le même État d'origine. Il n'en est rien. Le MNA n'est évidemment pas considéré de manière similaire au mineur isolé français par le droit français. Il est possible de se demander si même l'intention de ne pas les distinguer est plausible. Se cacher derrière un idéal de principe qui n'est pas mis en pratique n'est pas une attitude honorable. En outre, renforce-t-elle réellement la portée du principe de non-discrimination ? Il est permis d'en douter. L'élément distinguant les mineurs isolés nationaux et les MNA est le caractère d'étranger. Un étranger ne se voit pas appliquer le même droit qu'un national en raison de l'existence du concept de nationalité. Le droit des étrangers est un droit spécifique pour une catégorie de personnes spécifiques à savoir les étrangers. Le MNA relève de multiples régimes de droits dont découle la complexité de sa protection et de son caractère insatisfaisant lorsque celle-ci est confrontée à la pratique. Son appartenance au régime de la protection de l'enfance est conditionnée à la preuve de sa minorité. Son entrée dans le régime particulier de la protection de l'enfance en danger est conditionnée à la reconnaissance de son isolement. Si l'évaluation de ces deux critères comporte de nombreuses failles qui ont été identifiées dans cette partie, l'obsession de la fraude conduit alors à des conclusions erronées. La détermination de la minorité du jeune est d'autant plus problématique qu'elle peut constituer une atteinte à ses droits fondamentaux. La pratique systématique du test osseux pourtant encadrée et devant intervenir en dernier recours est la consécration de cette vision obsessionnelle de la fraude somme toute non négligeable. Les garanties offertes au MNA ne sont pas respectées en pratique et la technique du faisceau d'indices est viciée par l'utilisation de l'examen radiologique osseux. Le résultat de cet examen médical est souvent synonyme de vérité incontestable pour les autorités. Une remise en cause de l'évaluation administrative, de l'encadrement et de l'autorisation même de l'examen radiologique osseux est nécessaire. L'évaluation et la détermination de l'âge du MNA est la pierre angulaire de la protection de ce mineur. Le résultat est le bénéfice d'une prise en charge en tant que mineur par l'entrée dans le régime de la protection de l'enfance ou par l'exclusion de ce bénéfice. La situation des mineurs reconnus majeurs constitue une problématique non résolue. Ce mineur déclaré majeur ne peut justifier de sa majorité et ne peut donc accéder aux droits applicables à un majeur. Si le mineur est incapable juridiquement, le majeur jouit d'une pleine capacité juridique. Par exemple, celle-ci lui permet de signer en son propre nom un contrat de bail d'habitation. Un mineur non-émancipé ne peut signer un contrat de bail d'habitation. En revanche son représentant légal peut signer ce contrat même si le signataire n'occupe pas le logement. Un MNA déclaré majeur ne peut signer un contrat de bail d'habitation sans l'aide d'un représentant légal. Les mineurs reconnus majeurs entrent dans une aire de flou juridique les entraînant de fait dans une vie précaire dénuée de protection. Il est utile de rappeler que la jouissance d'un hébergement est impossible pour ces mineurs puisque les centres d'accueils pour adultes leurs sont interdits et les centres pour mineurs sont interdits aux majeurs. Étant dans la situation de ne pas pouvoir prouver sa majorité en étant déclarés majeurs, ces mineurs ne peuvent qu'espérer être aidés par des associations ou des particuliers. Le Conseil d'État a néanmoins reconnu la possibilité d'introduire un recours en référé-liberté « lorsque des circonstances particulière le justifient »²⁶⁴ contre un refus de prise en charge par un département alors qu'étant juridiquement incapable le mineur ne peut introduire un recours administratif. Au delà de la détermination du MNA, il convient désormais d'examiner le respect des droits fondamentaux de ce mineur lors de sa prise en charge par l'État français.

²⁶³ CEDH, *R.S. c. Hongrie*, requête n° 65290/14, 2 juillet 2019.

²⁶⁴ CE, Ord. Réf., 12 mars 2014, n° 375956, considérant 3.

Seconde Partie. Le respect des droits fondamentaux lors de la prise en charge du mineur non accompagné par l'État français

L'expression « prise en charge » ne comporte pas de définition juridique générale. Le verbe latin *mandare* signifie donner en mission, charger quelqu'un de quelque chose ou s'acquitter d'un mandat²⁶⁵. L'expression « prendre en charge » se définit en langage commun par « assumer, se charger de, endosser, faire son affaire de, s'occuper de, prendre sur soi, prendre la responsabilité de »²⁶⁶. La notion de prise en charge du MNA s'entend au sein de ce travail à la fois dans le sens de s'occuper du MNA et en assumer la responsabilité. Un MNA définit par sa minorité et son isolement doit bénéficier d'une protection et d'une aide spéciales des États parties selon l'article 20 paragraphe premier de la CDE. La prise en charge du MNA doit respecter l'engagement de l'État français en la matière. Il convient de s'interroger sur la protection du MNA dans son accès et son maintien sur le territoire français d'une part (**Section 1**) et dans son accueil et l'accès à ses droits fondamentaux sur le territoire français d'autre part (**Section 2**).

Section 1. La protection du mineur non accompagné dans l'accès et le maintien sur le territoire

La protection du MNA n'est pas due, elle est fonction de la souveraineté des États. Les engagements des États dans des instruments de protection des droits fondamentaux viennent interférer avec l'expression de la souveraineté étatique. Cette dernière permet à tout État de contrôler qui entre et sort de son territoire. Si le rétablissement des frontières est à la discrétion des États, l'acceptation d'une personne étrangère sur son territoire l'est aussi. Les MNA sont protégés internationalement du fait de leur vulnérabilité entraînant des engagements pour leur protection des États comme la France. Si le MNA demandeur de protection internationale est pris en charge spécifiquement à la frontière (§1), il est un sujet protégé contre l'éloignement (§2) et contre l'enfermement (§3).

§1. La prise en charge spécifique du mineur non accompagné demandeur de protection internationale en droit supra-national

En France, la proportion de MNA introduisant une demande d'asile est faible. En 2018, 742 MNA ont sollicité l'asile²⁶⁷. Sachant qu'il a été comptabilisé 17.022 personnes déclarées MNA en 2018²⁶⁸, seule une proportion de 4,4 pour-cent de MNA ont donc sollicité l'asile en France durant l'année 2018. Ce rapport est à analyser tout en sachant que la réalité est d'autant plus dure. Le nombre de MNA comptabilisé est nettement en dessous du nombre de MNA présents sur le territoire selon les associations s'occupant de leur défense. Si peu de MNA introduisent une demande de protection internationale, leur nombre a fortement augmenté ces dernières années. Il est décrit une augmentation de 24,2 pour-cent par rapport à 2017 et de 100 pour-cent par rapport à 2016²⁶⁹ sachant que le nombre de MNA comptabilisé a augmenté de 6,6 pour-cent entre 2017 et 2018 mais de 36 pour-cent entre 2016 et 2018²⁷⁰. Il est également opportun de traiter de la prise en charge par le droit supra-national en raison de la présence de MNA dans des camps sur les îles de Lesbos ou de Lampedusa et des annonces de

²⁶⁵ F, GAFFIOT, dictionnaire latin français, Hachette [en ligne], Paris, février 1934, p. 944.

²⁶⁶ A., REY, Charge. *Le Robert dictionnaire*, Le Robert [en ligne], Paris, 2020.

²⁶⁷ OFPRA, *Rapport d'activité 2018 « À l'écoute du monde »*, 14 mai 2019, p. 45.

²⁶⁸ Ministère de la justice, « Mission MNA », *Rapport d'activité 2018*, juin 2019, p. 5.

²⁶⁹ OFPRA, *Rapport d'activité 2018 « À l'écoute du monde »*, 14 mai 2019, p. 45.

²⁷⁰ Taux d'augmentation du nombre de MNA comptabilisés à partir des données chiffrées relatant le nombre de MNA comptabilisés dans Ministère de la justice, Mission MNA, *Rapport d'activité 2018*, juin 2019, p. 5.

relocalisations²⁷¹. Les règles de désignation de l'État responsable de la prise en charge d'un MNA demandeur de protection internationale ont été bouleversées par l'accroissement du nombre d'arrivées sur le territoire européen (A). Le principe de non refoulement parfois argué comme protection ultime contre l'éloignement n'est pas une garantie absolue de l'entrée du MNA sur le territoire (B).

A. La difficile désignation de l'État responsable de la prise en charge du mineur non accompagné demandeur de protection internationale

L'exercice de désignation de l'État responsable de la prise en charge du MNA demandeur de protection internationale n'est pas chose évidente. Le bénéfice du régime du regroupement familial est fonction du degré d'isolement du mineur. Si la solution adoptée par le Règlement « Dublin III » n'est pas une solution prenant en compte la vulnérabilité du mineur le traitant de manière similaire au majeur (1), l'approche « hotspot » a confirmé la fragilité de ce système (2).

1. La « procédure Dublin » : une solution peu compréhensive pour le mineur non accompagné

Le traitement de la question de l'asile n'était pas un objectif des communautés économiques européennes. Si la communautarisation progressive de l'asile a tendu à construire un « régime d'asile européen commun » (RAEC), la question de l'État membre responsable de l'examen des demandes d'asile est envisagée dès l'année 1990²⁷². Une première Convention internationale nommée « Convention Dublin » est venue organiser le régime de responsabilité entre les États membres. Sous l'ère du Traité d'Amsterdam et sur la base de son article 63, le RAEC s'est construit en partie sur le Règlement « Dublin II »²⁷³ qui a rénové la « Convention Dublin » et sur le Règlement « Eurodac »²⁷⁴ qui permet l'enregistrement des empreintes digitales des demandeurs d'asile²⁷⁵. L'adoption de la CDFUE en 2000 et sa valeur contraignante conférée par le Traité de Lisbonne en 2007 viennent consacrer la communautarisation du régime d'asile à travers l'article 18 de la CDFUE et l'article 78 du TFUE. Le RAEC doit respecter la Convention de Genève de 1951 et son protocole de 1967 se soumettant ainsi au droit international des réfugiés. Fortes de cette communautarisation, les dispositions relatives à l'asile sont intégrées au droit primaire de l'Union européenne. Sur la base de ce droit primaire sont adoptés des actes de droit dérivé et plus particulièrement les règlements « Eurodac »²⁷⁶ et « Dublin III »²⁷⁷. Si la description du système de l'asile européen n'est pas l'objet de ce travail, il convient de comprendre comment un État membre se trouve responsable de l'examen de la demande de protection internationale d'un MNA.

L'article 20 du Règlement « Dublin III » précise que le processus de détermination de l'État responsable « commence dès qu'une demande de protection internationale est introduite pour la première fois auprès d'un État membre ». A ce moment là, arrive la relève des empreintes digitales qui se voient répertoriées conformément au Règlement « Eurodac ». Lorsqu'à l'arrivée dans un État membre, un individu a introduit une demande d'asile pour la première fois sur le territoire européen, cet État membre doit évaluer à partir de critères appréciés hiérarchiquement quel État membre est responsable de l'examen de sa demande de protection internationale. Les critères primants sont ceux relatifs au regroupement familial dans lesquels l'article 8 du Règlement « Dublin III » prévoit les critères de

²⁷¹ La rédaction, « La France va accueillir 750 migrants de Grèce », *Infomigrants* [en ligne], 25 mai 2020 et La rédaction, « Le Portugal va accueillir 500 mineurs isolés des îles grecques », *Infomigrants* [en ligne], 14 mai 2020.

²⁷² En ce sens, T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, *Droit de l'asile*, PUF, Paris, 2019, §32 à 37.

²⁷³ Conseil de l'Union européenne, *Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers*, n° 343/2003, 18 février 2003.

²⁷⁴ Conseil de l'Union européenne, *Règlement concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin*, n° 2725/2000, 11 décembre 2000.

²⁷⁵ En ce sens, T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, *Droit de l'asile*, PUF, Paris, 2019, §35.

²⁷⁶ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte)*, n° 603/2013, 26 juin 2013.

²⁷⁷ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, n° 604/2013, 26 juin 2013.

détermination de l'État membre responsable applicables aux mineurs. Le cas d'enfants séparés est prévu à l'alinéa premier de l'article précité sous la dénomination incorrecte de « MNA » ayant des membres de sa famille ou frères et soeurs sur le territoire d'un État membre. Le règlement élargit le regroupement familial aux proches pouvant « s'occuper de lui » selon le second alinéa de l'article précité. L'intérêt supérieur de l'enfant doit guider l'ensemble de la détermination de l'État membre responsable et est le seul critère de détermination lorsque les membres de la famille, les frères et soeurs et les proches résidents dans plusieurs États membres selon l'alinéa 3 de l'article précité. Enfin, dans le cas des MNA ainsi qu'ils sont définis dans ce travail c'est-à-dire en l'absence des membres de la famille, des frères et soeurs et des proches résidants régulièrement dans les États membres, l'État membre responsable est celui où la demande a été introduite. Les critères examinés au second plan lors de la détermination de l'État responsable sont relatifs aux modalités d'entrées sur le territoire de l'État. Lorsque « le demandeur d'asile a « franchi irrégulièrement, par voie terrestre, maritime ou aérienne, la frontière d'un État membre », celui-ci - faute de n'avoir pas sécurisé la frontière extérieure - est responsable de la demande (CJUE, GC, 26 juillet 2017, Mme Khadija Jafari, aff. C-646/16 et A.S., aff. C-490/16) »²⁷⁸. Cependant le principe de première entrée s'éteint « douze mois après la date du franchissement irrégulier de la frontière extérieure »²⁷⁹ et devient responsable l'État membre dans lequel le demandeur d'asile a justifié séjourner pendant une durée supérieure ou égale à cinq mois avant de déposer une nouvelle demande d'asile. Des garanties fondamentales obligatoires ont été introduites par la CEDH et la CJUE afin d'empêcher un transfert des demandeurs d'asiles arrivés irrégulièrement sur le territoire en empruntant une route migratoire les ayant fait passer par plusieurs États membres. Une clause discrétionnaire prévue à l'article 17 du Règlement « Dublin III » constitue une faculté de déroger à la détermination de l'État responsable telle qu'elle a été décrite précédemment. Une telle clause donne la possibilité à un État membre de traiter une demande d'asile alors qu'il n'en est pas responsable. Une certaine solidarité est alors permise par le règlement « Dublin III ».

Il convient de mentionner la proposition d'amendement du Règlement « Dublin III » du 26 juin 2014 par la Commission européenne sur la désignation de l'État responsable dans le cas d'un MNA (article 8.4 du Règlement). Cette proposition fait suite à l'arrêt rendu par la CJUE le 6 juin 2013. La Cour y a décidé qu'un MNA n'ayant aucun membre de famille présent légalement sur le territoire de l'Union européenne et qui a déposé plusieurs demandes d'asile dans différents États membres, alors celui dans lequel il se trouve est responsable de sa prise en charge lorsqu'il y a introduit une demande. Cette solution est reprise dans la proposition d'amendement. Lorsque le mineur n'aurait pas introduit de demande dans l'État où il se trouve mais qu'il accepterait de le faire, la solution serait identique. Néanmoins, lorsque le mineur n'aurait pas introduit de demande dans l'État où il se trouverait et qu'il n'accepterait pas de le faire, l'État responsable serait celui dans lequel le mineur aurait introduit sa demande la plus récente. Le projet de rapport fut adopté le 6 mai 2015 par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen. Malheureusement, cette proposition n'a pas convaincu. Le cas de dépôt de plusieurs demandes d'asile par un mineur reste non traité par l'article 8 paragraphe quatrième du Règlement « Dublin III ». En raison de l'état de vulnérabilité et des difficultés des procédures d'asile pour un MNA, cette proposition était la bienvenue pour améliorer et faciliter son accompagnement.

Si le système créé par le Règlement « Dublin III » était malgré tout une solution trouvée, celle-ci est conditionnée à un afflux de demandeur d'asile donné à un moment historique figé. La fragilité de la procédure a conduit à développer l'approche dite « hotspot ».

2. L'approche « hotspot » : témoin de la fragilité de la « procédure Dublin »

La « procédure Dublin » telle quelle existe en droit dérivé de l'Union européenne a vu ses limites lors de l'afflux plus important de réfugiés jusqu'à atteindre un point critique en l'année 2015. En effet, certains États membres, l'Italie et la Grèce principalement, ont vu le nombre de demandes d'asile introduites sur leur territoire fortement augmenter entraînant un dépassement de leurs autorités à les traiter. Examiner l'État responsable était devenu impossible car reposant sur les États membres limitrophes de l'Union

²⁷⁸ T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §130.

²⁷⁹ *Ibid.*

européenne. Une première étape des actions de l'Union européenne pour réagir au phénomène migratoire fut l'approche dite « hotspot ». Elle se caractérise par la création de « hotspots » dans des zones dites de crises et de pays en première ligne. Une coopération du Bureau européen d'appui en matière d'asile, de l'Agence Frontex, d'Europol et d'Eurojust agit sur des zones grecques et italiennes identifiées. L'objectif officiel n'est point déguisé, il s'agit de « gérer des afflux migratoires exceptionnels »²⁸⁰. Il ne s'agit pas spécifiquement de venir en aide à l'Italie et à la Grèce dans le traitement des demandes d'asile mais plutôt d'opérer une gestion des migrations à travers la construction d'un « rempart contre le chaos aux frontières »²⁸¹. De plus, il convient d'affirmer que l'approche « hotspots » s'est traduite matériellement par la construction de camps, les demandeurs d'asiles étant bloqués sur ces zones pendant parfois plusieurs années. La construction de ces « hotspots » ne relève pas du droit de l'Union européenne sur lequel il peut être exercé un contrôle juridictionnel notamment au regard des droits fondamentaux. Elle relève du droit souple constitué « d'un entrelacs de recommandations, communications, décisions et conclusions qui ne sont pas formellement des législations européennes »²⁸² et n'est pas soumis au contrôle juridictionnel. La présence de MNA en nombre dans ces « hotspots » est avérée.

La seconde étape opérationnelle de l'Union européenne face au phénomène migratoire a été une volonté d'accentuer la relocalisation des demandeurs d'asile. Le Conseil de l'Union européenne a adopté une décision, le 22 septembre 2015, instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce. Autrement dit, un système de relocalisation a été mis en place de manière « exceptionnelle et temporaire »²⁸³ pour des personnes ayant « manifestement besoin d'une protection internationale »²⁸⁴. Les MNA étaient concernés par cette relocalisation dérogatoire au régime commun de responsabilité des États membres dans l'examen des demandes d'asile²⁸⁵. Ce mécanisme de relocalisation ayant une visée temporaire et d'urgence, il n'est plus en vigueur aujourd'hui. La troisième étape de la gestion du phénomène migratoire par l'Union européenne a été le dénommé « accord UE-Turquie »²⁸⁶. A l'apparence trompeuse, cet accord n'est que politique selon le Parlement européen²⁸⁷ et la Commission européenne²⁸⁸. Sa nature juridique hybride est celle d'une déclaration du Conseil de l'Union européenne officialisée par communiqué de presse. Elle permet une entente bilatérale entre l'Union européenne et la Turquie sur la gestion de l'afflux de demandeurs d'asile. Une nouvelle fois, le droit souple vient régir l'accès possible à la demande d'asile.

Les résultats de la relocalisation facultative, temporaire ou définitive sont inégaux. Des États membres ont pris en charge beaucoup plus de demandeurs d'asile que d'autres et d'autres encore n'ont pas participé à la relocalisation (Hongrie, Slovaquie et Pologne). Certains États membres ont contesté cette relocalisation obligatoire et temporaire mais la CJUE a rejeté les recours de la Slovaquie et de la Hongrie contre la décision du Conseil du 22 septembre 2015²⁸⁹. Le résultat de l'approche « hotspot » est caractérisé par un certain échec sur le plan des droits fondamentaux. Si ces « hotspots » sont qualifiés unanimement comme des « prisons à ciel ouvert » et que les violations des droits fondamentaux alléguées, notamment par des requérants MNA, sont nombreuses et détaillées, la CEDH n'a pourtant pas été « convaincue que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour répondre à l'obligation de prise en charge et de protection des requérants susmentionnés, qui pesait sur l'État défendeur s'agissant des personnes particulièrement vulnérables en raison de leur âge »²⁹⁰. La Cour a ainsi considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 3 de la Convention en 2019 s'agissant de MNA présents dans le « hotspots » nommé camp VIAL. La Cour a également conclu en l'absence de violation de l'article 5 paragraphe premier de la

²⁸⁰ Commission européenne, « L'approche des hotspots pour gérer des afflux migratoires exceptionnels », 9 septembre 2015.

²⁸¹ L., TASSIN, « L'approche hotspots, une solution en trompe-l'œil. Compte-rendu d'enquêtes à Lesbos et Lampedusa », *La crise de l'accueil* [en ligne], 2019 dans A., LENDARO éd., *La crise de l'accueil. Frontières, droits, résistances*. Paris, La Découverte, « Recherches », 2019, p. 163.

²⁸² S., SLAMA, « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein droit* [en ligne], n° 111, 2016, p. 49.

²⁸³ Conseil de l'Union européenne, *Décision instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce*, n° 2015/1601, 22 septembre 2015, considérant 7.

²⁸⁴ *Ibid.*, considérant 7, 10, 11, 17, 25, 26, 30, 33 et 34.

²⁸⁵ En ce sens, *Ibid.*, considérant 24.

²⁸⁶ Conseil de l'Union européenne, « Déclaration UE-Turquie », communiqué de presse 144/16, 18 mars 2016.

²⁸⁷ N., NIELSEN, « EU-Turkey deal not binding, says EP legal chief », *EU observer* [en ligne], 10 mai 2015.

²⁸⁸ Commission européenne, *Communication sur les prochaines étapes opérationnelles de la coopération UE-Turquie dans le domaine de la migration*, COM (2016) final, 16 mars 2016.

²⁸⁹ CJUE, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, aff. jointes C-643/15 et C-647/15, 6 septembre 2017.

²⁹⁰ CEDH, *Kaak et autres c. Grèce*, n°34215/16, 3 octobre 2019, §73.

Convention, dans le même arrêt, considérant que la détention des requérants n'était ni arbitraire ni d'une durée excessivement longue dans les camps VIAL et SOUDA. Elle a ajouté que dans ce dernier camp, il ne s'agissait pas réellement d'une détention car étant une « structure ouverte »²⁹¹. L'absence de reconnaissance de la violation des droits fondamentaux dans les « hotspots » par la CEDH intervient comme une validation de l'approche « hotspots » de la Commission européenne.

Si cette approche n'a pu être contrôlée sous l'angle des droits fondamentaux par la CJUE puisqu'elle relève d'un droit souple, elle semble également validée en partie par la CEDH. Lorsqu'un MNA dépose une demande d'asile dans le premier État membre dans lequel il arrive, il ne peut être relocalisé qu'en vertu d'une clause discrétionnaire facultative ou voir sa demande noyée dans le nombre de demandes faites dans cet État membre débordé. Il peut se trouver bloqué dans un « hotspot » dans lequel l'attente augmente la durée de violation de ses droits fondamentaux non reconnue. Rendre contraignante la délivrance d'un visa humanitaire aux personnes souhaitant se rendre sur le territoire d'un État membre afin d'y demander l'asile a été une solution espérée. Ce caractère contraignant a fait l'objet d'une question préjudicielle posée à la CJUE. La Cour n'a pas suivi le raisonnement de l'avocat général P. Mengozzi et a répondu le 7 mars 2017²⁹² que cette délivrance ne relève pas du droit de l'Union européenne. Les États membres sont libres de le faire en se basant sur leur droit national. L'absence de contraintes pesant sur les États membres ne se comprend que politiquement. La solidarité européenne est inégale accentuant ainsi les difficultés pourtant surmontables de l'accueil des demandeurs d'asile. Si les MNA demandeurs de protection internationale peuvent être qualifiés de victime de la « procédure Dublin » et de ses conséquences, le principe de non refoulement n'offre pas la garantie absolue de ne pas être refoulé par un État membre.

B. Le principe de non refoulement : une garantie fondamentale limitée pour le mineur non accompagné demandeur de protection internationale

Si le principe de non refoulement n'est pas un principe absolu et qu'il comporte des arrangements pour le MNA demandeur de protection internationale (2), son champ d'application n'est plus seulement les réfugiés et demandeurs de protection internationale sur le territoire européen (1).

1. L'élargissement européen du principe de non refoulement

Le droit international des réfugiés a posé le principe de non refoulement des réfugiés à travers l'article 33 paragraphe premier de la Convention de Genève en 1951. La personne ayant obtenu le statut de réfugié ne peut être refoulée du territoire d'un État partie à la Convention. Ce principe a été repris à l'article 3 de la Convention contre la torture ou autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants entrée en vigueur en 1987. Ce principe dispose d'une « assise coutumière en tant que principe autonome et en tant que composante de la prohibition de la torture »²⁹³ en droit international. L'interdiction du refoulement « s'applique à des comportements consistant à reconduire vers un territoire à risque ceux qui sont interceptés avant de pouvoir accéder à celui d'un État partie ou qui se situent à sa frontière et, par conséquent, que la disposition profite aux réfugiés reconnus comme tels mais aussi, sauf à nuire à l'effet utile de la Convention de son ensemble, à ceux qui aspirent à l'être »²⁹⁴. L'interdiction du refoulement s'applique aux demandeurs de protection internationale présents sur le territoire de l'État partie à la Convention de Genève mais pas à ceux étant présents sur le territoire de leur État d'origine²⁹⁵. En somme, le principe de non refoulement intervient comme une exception au principe de droit international découlant de la souveraineté des États de pouvoir refuser l'accès à son territoire. Il permet à une personne de rester sur le territoire de cet État sans se faire refouler, le temps

²⁹¹ *Ibid.*, §109

²⁹² CJUE, X. *et* X. *c.* Belgique, aff. C-638/16 PPU, 7 mars 2017.

²⁹³ J. ANCELIN, « Le principe de non refoulement et l'Union européenne à l'épreuve de la crise syrienne », *Études internationales*, Volume 49, Numéro 2, Printemps 2018, p. 357.

²⁹⁴ Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire « Non refoulement », n° 6 (XXVIII), 12 octobre 1977, HCR, « Note sur le non refoulement », EC/SCP/2, 23 août 1977, cités par T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, *Droit de l'asile*, PUF, Paris, 2019, §69.

²⁹⁵ T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, *Droit de l'asile*, PUF, Paris, 2019, §69

nécessaire à l'examen de sa demande. Le principe de non refoulement au sens de la Convention de Genève en son article 33 paragraphe second ne s'applique pas s'il existe « des raisons sérieuses de considérer [le réfugié] comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Le principe de non refoulement n'est pas absolu selon le droit international des réfugiés.

Si la Convention EDH ne mentionne pas explicitement le principe de non refoulement, il découle cependant une protection « par ricochet » contre le refoulement du réfugié et demandeur d'asile par la combinaison des articles 3 (relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) et 8 (relatif au droit à l'intégrité de la famille) de la Convention EDH²⁹⁶. Refouler l'individu conduit à la violation de droits protégés par la Convention EDH. Le principe de non refoulement est ainsi contrôlé par la CEDH. La CEDH confère un caractère absolu à l'article 3 de la Convention, ce dernier permet d'élargir le champ d'application du principe de non refoulement prévu par la Convention de Genève. En effet, la Cour a jugé que refouler une personne craignant pour sa vie ou sa liberté dans son État d'origine malgré le fait qu'elle constitue une menace grave pour la collectivité ne diminue pas l'atteinte portée à l'article 3 de la Convention EDH²⁹⁷. En cas de risques de mauvais traitements ou de torture, le droit international des droits de l'homme prohibe de manière absolue le refoulement lorsque le droit international des réfugiés pose deux exceptions générales au principe de non refoulement. Cette différence met en évidence « une « dichotomie » entre ces branches de droit »²⁹⁸.

En droit de l'Union européenne, la CDFUE est venue consacrer en 2000 le principe de non refoulement. L'article 19 paragraphe second de la CDFUE dispose que « nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture, ou à d'autres peines ou traitements inhumains ». Cet énoncé est une reprise de l'obligation de respect de l'article 3 de la Convention EDH. La protection contre le refoulement ne concerne plus seulement les demandeurs de protection internationale mais tout individu lorsque le risque de subir des mauvais traitements est sérieux. Le principe de non refoulement appartient au droit primaire de l'Union européenne en vertu de la CDFUE et du TFUE. L'article 78 paragraphe premier du TFUE énonce que « l'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non refoulement ». Ensuite, le même article affirme en particulier l'obligation de conformité de la dite politique à la Convention de Genève de 1951. S'illustre, à travers les énoncés du principe de non refoulement dans la CDFUE et dans le TFUE, la « dichotomie » précitée au sein même du droit primaire de l'Union européenne. La CJUE a eu l'opportunité de clarifier l'interprétation à donner au droit de l'Union européenne au sujet du principe de non refoulement à travers un renvoi préjudiciel concernant la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011²⁹⁹ dite directive « Qualification ». Trois questions préjudicielles ont été renvoyées à la Cour concernant la validité de l'article 14 paragraphes 4, 5 et 6 de la directive précitée au regard du droit de l'Union européenne en raison de la présence de la « menace à la sécurité nationale » considérée comme un motif d'exclusion à la protection internationale non énuméré par l'article 1-F de la Convention de Genève. L'écueil principal d'une telle interprétation a été de ne pas distinguer l'exclusion de la qualité de réfugié et le refus ou la révocation du statut³⁰⁰. Si les conclusions de l'avocat général M. Wathelet allaient en ce sens, elles demandaient cependant une clarification du droit de l'Union européenne sur le principe de non refoulement et se prononçaient en faveur de l'approche du droit international des droits de l'homme. La Cour a effectivement distingué l'exclusion de la qualité

²⁹⁶ C-A., CHASSIN, « Asile », *Répertoire Dalloz de droit international* [en ligne], Paris, 2017, §18.

²⁹⁷ CEDH, Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, 28 février 2008, §39.

²⁹⁸ L., STEWART, « Le principe de non-refoulement en droit de l'UE : analyse des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-391/16 concernant la validité de la directive 2011/95/UE à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH », *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre* [en ligne], MBDE/Contentieux international public, 13 mars 2019 se référant à J., MINK, « EU Asylum Law and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-Refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment », *European Journal of Migration and Law* [en ligne], 14(2), 2012, p. 130-131.

²⁹⁹ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, 2011/95/UE, 13 décembre 2011.

³⁰⁰ T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, *Droit de l'asile*, PUF, Paris, 2019, §312 et §313.

de réfugié et le refus ou la révocation du statut de réfugié, autrement dit la « menace pour la sécurité nationale » que représente une personne peut entraîner le retrait ou le refus de son statut de réfugié. Celui-ci garde néanmoins la qualité de réfugié. Il demeure dans le champ d'application de la Convention de Genève et bénéficie du principe de non refoulement³⁰¹. La Cour a également affirmé avec insistance le niveau élevé de protection du principe de non refoulement sans nommer son caractère absolu. Le principe de non refoulement prime lorsqu'il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants³⁰². Pour le demandeur de protection internationale, MNA inclus, le principe de non refoulement a connu un aménagement par le renvoi vers un « pays tiers sûr ».

2. *La portée du principe de non refoulement pour le mineur non accompagné demandeur de protection internationale*

Les MNA peuvent en dépit de leur minorité introduire une demande de protection internationale. En France, État membre de l'Union européenne, les MNA jouissent du droit à l'interdiction du refoulement vers un pays dans lequel ils pourraient subir de la torture et des traitements inhumains et dégradants en vertu du respect de l'article 19 paragraphe second de la CDFUE. Le principe de non refoulement constitue un droit fondamental des MNA. Néanmoins, le champ d'application *ratione materiae* du principe de non refoulement est « circonscrit matériellement »³⁰³ aux cas de risques de mauvais traitements. Un réfugié MNA peut ainsi être « refoulé vers un « pays tiers sûr » »³⁰⁴.

Le droit dérivé de l'Union européenne a permis aux États membres de renvoyer un demandeur de protection internationale vers un pays tiers « sûr ». Ladite directive « Procédures » autorise les États membres à renvoyer un demandeur de protection internationale vers un pays d'origine « sûr »³⁰⁵. Un pays d'origine est considéré comme « sûr » en se basant sur des critères prévus par la loi de l'État membre. La directive encadre la désignation d'un pays d'origine « sûr » et rend possible le renvoi vers un tel pays seulement après examen individuel de la demande introduite par la personne³⁰⁶. De plus, la personne doit être ressortissante dudit pays ou en avoir la nationalité avant de devenir apatride et ne pas avoir fait valoir de raisons sérieuses pouvant faire penser qu'il ne s'agit pas d'un pays d'origine « sûr »³⁰⁷. Les MNA demandeurs de protection internationale sont inclus au champ d'application de la directive « Procédures » car étant des demandeurs de protection internationale³⁰⁸. Ils font l'objet de dispositions spécifiques de la directive³⁰⁹. Il s'agit d'appliquer les garanties prévues à l'article 38 de la directive posant les garanties offertes aux MNA demandeurs de protection internationale dans le cadre des renvois vers les pays tiers sûrs. Tout d'abord, les autorités compétentes doivent être certaines qu'un MNA ne craindra ni pour sa vie, ni pour sa liberté, en raison de sa race, de sa religion, de son groupe social, de ses opinions politiques, de son sexe ou de son orientation sexuelle dans le pays d'origine « sûr » désigné. Ensuite, elles doivent être certaines qu'il ne risque pas de torture, de traitements inhumains ou dégradants ou de refoulement vers un pays où il pourrait être persécuté ou exposé à un risque de violation de ses droits humains. Et, la personne doit pouvoir accéder au statut de réfugié dans le pays de renvoi qui doit être signataire de la Convention de Genève. Si ce renvoi concerne les MNA et qu'il est encadré par le droit dérivé de l'Union européenne, la marge nationale d'appréciation accordée aux États membres dans la désignation des pays tiers « sûrs » constitue la problématique de ce renvoi.

Il n'existe pas de liste commune de pays tiers « sûrs » pour les États membres de l'Union européenne et sa désignation est à leur discrétion. Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne avaient pourtant fait une proposition de règlement afin de dresser une liste européenne commune des pays

³⁰¹ En ce sens, T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §313 ; S., BARBOU DES PLACES, « L'autonomie du droit d'asile de l'UE : à quel prix ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2020, pp. 136.

³⁰² CJUE, Grande Chambre, *M. c. Ministerstvo vnitra et X. X. c. Commissaire général aux réfugiés et apatrides*, aff. jointes n°C-391/16, C-77/17 et C-78/17, 14 mai 2019, §95.

³⁰³ T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §362.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Directive « Procédures », articles 36 à 39.

³⁰⁶ *Ibid.*, articles 36 paragraphe premier.

³⁰⁷ *Ibid.*, article 36 paragraphe premier a) et b).

³⁰⁸ *Ibid.*, article 3 paragraphe premier.

³⁰⁹ *Ibid.*, article 25.

d'origine « sûre »³¹⁰ mais la Commission a retiré la proposition³¹¹. A titre d'exemple, la République de Serbie est considérée par la France comme un pays tiers « sûr »³¹². Or, il apparaît qu'une telle qualification est dénoncée au regard des critères imposés par le droit de l'Union européenne. En effet, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme a remis en cause cette qualification en raison de « la discrimination et la marginalisation des minorités – notamment des Roms – relativement à l'accès au logement, à l'éducation et aux services de santé, sur l'absence d'accès effectif à la protection internationale et sur les conditions d'accueil non adaptées pour les demandeurs d'asile et réfugiés »³¹³. Il est également dénoncé par nombre d'avocats hongrois que « la Serbie présente une administration surchargée, une voie de recours en appel ineffective, et des centres d'accueil insuffisants »³¹⁴. Si cette remise en cause du caractère « sûr » de l'État de Serbie est lourde de sens, la CJUE ne s'est pas prononcée sur ce point lorsqu'elle en a eu l'occasion à travers l'arrêt préjudiciel rendu le 17 mars 2016³¹⁵ en dépit de la sollicitation de l'avocat général³¹⁶. Le renvoi vers un pays tiers « sûr » peut être ordonné au détriment de l'intérêt supérieur d'un MNA demandeur de protection internationale et au détriment du respect de ses droits fondamentaux. Un renvoi vers un pays tiers considéré « sûr » alors qu'il existe des risques sérieux de mauvais traitements du MNA peut constituer une violation du principe de non refoulement au delà des violations des droits conférés par la Convention EDH.

La prise en charge des MNA demandeurs d'asile par le droit supra-national mais surtout par le droit de l'Union européenne n'est pas satisfaisante au regard des droits fondamentaux. La « procédure Dublin » ne résiste pas à un afflux plus important de demandeurs de protection internationale. Le mécanisme de relocalisation n'est pas respecté de manière homogène et la tendance des instances de l'Union européenne à légiférer à travers le droit souple ne permet pas un contrôle du respect des droits fondamentaux des MNA demandeurs de protection internationale. Le principe de non refoulement ne constitue pas une garantie absolue pour ces mineurs, néanmoins le renvoi vers des pays tiers « sûrs » peut s'avérer problématique s'agissant du respect de ce principe tel qu'il est entendu au sein de l'Union européenne. Il reste qu'une fois présent sur le territoire français un MNA ne peut être expulsé en raison de sa minorité.

§2. La minorité comme rempart à l'éloignement

Si l'interdiction de l'éloignement des mineurs en droit français vient donner une portée importante au principe de non refoulement s'agissant des mineurs (A), il convient néanmoins de la nuancer en raison des contournements de l'interdiction (B).

A. L'interdiction de l'éloignement d'un mineur du territoire français : une protection supérieure du mineur non accompagné

Les mesures d'éloignement d'un territoire font partie des mesures à la discrétion d'un État qu'il peut appliquer seulement à l'égard des étrangers. Dans la continuité de la volonté du droit français de traiter de manière la plus uniforme possible les mineurs étrangers et les mineurs français, une mesure d'éloignement pouvant être prononcée à l'égard d'un mineur étranger nierait cette volonté. Le droit

³¹⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE*, 2015/0211 (COD), 9 septembre 2015.

³¹¹ Commission européenne, *Retrait de propositions de la Commission*, 2019/C 210/07, 21 juin 2019.

³¹² Ministre de l'Intérieur, *Décision fixant la liste des pays d'origine sûrs*, NOR : INTV1523930S, 9 octobre 2015.

³¹³ FIDH, « La Serbie, un pays sûr ? », mai 2016 cité par M., BLONDEL, « L'interprétation rigoriste d'un instrument dépassé », *Revue du marché commun de l'Union Européenne* [en ligne], n° 606, mars 2017, p. 174.

³¹⁴ F., LA BRUYÈRE, « En Hongrie, les réfugiés en ballottage défavorable », *Libération* [en ligne], 4 janvier 2016 cité par M., BLONDEL, « L'interprétation rigoriste d'un instrument dépassé », *Revue du marché commun de l'Union Européenne* [en ligne], n° 606, mars 2017, p. 174.

³¹⁵ CJUE, *Mirza c. Berándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aff. C-695/15, 17 mars 2016.

³¹⁶ En ce sens, M., BLONDEL, « L'interprétation rigoriste d'un instrument dépassé », *Revue du marché commun de l'Union Européenne* [en ligne], n° 606, mars 2017, p. 174.

français interdit l'éloignement des mineurs (1) et son séjour sur le territoire français ne peut être considéré comme irrégulier (2).

1. La minorité suffisante à l'interdiction de l'éloignement en France

En respect du droit de l'Union européenne, l'éloignement peut être ordonné dans plusieurs cas par les autorités administratives françaises. Les articles L 531-1 à L 531-2-1 du CESEDA permettent la remise d'une personne étrangère à l'Union européenne en situation irrégulière aux autorités compétentes d'un État membre de l'Union européenne ou de l'espace Schengen. Aussi, un étranger peut être reconduit d'office à la frontière si son identité est recensée dans le fichier « SIS II ». Le fichier « SIS » créé en 1995 a été révisé et a pris le nom de « SIS II » en 2006. Il s'agit d'une base de données alimentée par les États parties à la Convention d'application des accords de Schengen³¹⁷ dans laquelle sont signalées les personnes condamnées pour une infraction passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an dans un pays de l'Union européenne, les personnes suspectées d'avoir commis ou d'avoir l'intention de commettre une infraction pénale grave, ou les personnes ayant fait l'objet d'une expulsion, d'un refus d'entrée, ou d'une mesure d'éloignement en vigueur dans un État membre de l'Union européenne. Enfin, les articles L 531-3 et L 531-4 du CESEDA permettent aux autorités administratives françaises d'exécuter une mesure d'éloignement prise par un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Au regard du droit français, l'éloignement peut prendre deux formes principales à savoir l'obligation de quitter le territoire français et l'expulsion. L'obligation de quitter le territoire français est prévue aux articles L 511-1 à L 514-2 et R 511-1 à R 513-13 du CESEDA. L'expulsion est régie par les articles L 521-1 à L 524-4 et R 521-1 à R 524-2 du CESEDA. Toutefois, l'article L 511-4 paragraphe premier du CESEDA exclut l'étranger mineur de dix-huit ans du champ d'application de l'obligation de quitter le territoire français. Les MNA sont protégés contre cette mesure d'éloignement. L'article L 521-4 du CESEDA dispose que « l'étranger mineur de dix-huit ans ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion ». Les MNA n'entrent pas dans le champ d'application de la mesure d'expulsion du territoire français. En droit français, le mineur est protégé contre l'éloignement sous toutes ses formes. Le MNA l'est au même titre que tous les mineurs étrangers. Le principe de non refoulement n'étant pas absolu pour les étrangers, il le devient pour les MNA. Si la minorité leur est protectrice, l'isolement l'est également puisqu'éloigner un mineur étranger accompagné d'un adulte étranger est permis par le droit français au titre de l'article L 511-1 du CESEDA. L'interdiction d'éloignement des mineurs étrangers ne fait pas obstacle à l'éloignement des majeurs accompagnés de mineurs³¹⁸. Un tel éloignement est entouré de la garantie du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et des garanties fondamentales³¹⁹. Un MNA étant par définition sans accompagnant majeur pouvant être éloigné, le MNA ne peut se voir imposer cet éloignement par ricochet.

Néanmoins, les difficultés d'évaluation et de détermination de la minorité des MNA décrites précédemment, peuvent avoir des conséquences sur l'éloignement de ces mineurs. Effectivement, une erreur d'évaluation puis de détermination de la minorité pouvant conduire à déclarer majeur une personne mineure, alors une mesure d'éloignement peut être ordonnée à son encontre. Les possibilités d'erreurs exposées dans la première partie de ce travail n'étant pas négligeables, le prononcé de mesures d'éloignement à l'encontre d'un MNA ne l'est pas non plus. S'il est une nouvelle fois compris l'importance de l'évaluation et de la détermination de l'âge des MNA, il est fait état par Human Rights Watch de refoulements de ces mineurs par la PAF dans les Hautes Alpes³²⁰. Avant toute évaluation de l'âge, en dépit de la présomption de minorité et sans vérification des conditions autorisant le refoulement en droit supra-national, des agents de police éloignent des MNA de la France vers l'Italie.

³¹⁷ Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 14 juin 1985.

³¹⁸ CE, *Préfet de Seine-et-Marne c. Mme Ciftci*, 26 juillet 1991, n° 123711 cité par R., D'HÄEM, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, PUF, Paris, 1998, p. 88.

³¹⁹ En ce sens, CE, *Préfet de Seine-et-Marne c. Yuksel*, 27 janvier 1992, n° 124680 ; CE, *M. et Mme Yesil*, 29 juillet 1992, n° 127827 cité par R., D'HÄEM, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, PUF, Paris, 1998, p. 88.

³²⁰ Human Rights Watch, « Ça dépend de leur humeur » *Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes*, Human rights watch [en ligne], ISBN: 978-1-6231-37649, septembre 2019, p. 32.

L'apparence « majeure » justifie un document de refus d'entrée sur le territoire français selon Human Rights Watch³²¹ et ANAFÉ³²².

Les MNA sont des individus protégés contre l'éloignement en droit français parce qu'ils sont mineurs. Les erreurs dans l'appréciation de cette minorité peuvent conduire à l'éloignement d'un mineur et la pratique montre que l'éloignement de mineurs à la frontière est existante. Si l'éloignement des personnes en situation irrégulière est possible en droit français, le mineur est protégé contre celui-ci du fait de sa minorité mais également par son impossibilité d'être considéré en situation irrégulière.

2. L'impossible irrégularité du séjour des mineurs non accompagnés en droit français

En pleine impulsion politique de « gestion » de l'immigration à travers la lutte contre l'immigration irrégulière, le droit dérivé de l'Union européenne est venu encadrer l'éloignement des individus en séjour irrégulier à travers la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008³²³. Le champ d'application de la directive est précisé à l'article 2 de la directive « Retour » en ces mots « la présente directive s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre ». L'article 10 de cette directive traite spécifiquement du retour et de l'éloignement des MNA. Selon l'article 3 de la directive « Retour », une « décision de retour » se définit comme une décision administrative ou judiciaire qui déclare le séjour d'un individu illégal engendrant une obligation de retour dans son État d'origine. Aussi, « l'éloignement » se définit comme l'exécution de la décision de retour. L'article 10 paragraphe premier de la directive « Retour » prévoit une aide à la prise de décision de retour par l'assistance d'organismes compétents différents des autorités décisionnaires en la matière et ordonne la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 10 paragraphe second de la directive conditionne l'éloignement d'un MNA à ce que les autorités de l'État membre en charge de l'éloignement s'assurent de sa remise « à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour ». L'éloignement d'un MNA en situation irrégulière est autorisé en droit de l'Union européenne sous conditions.

En droit français, le séjour irrégulier est la présence d'un individu sur le territoire alors même qu'il n'a pas en sa possession de documents prouvant son autorisation de séjourner sur le territoire français. Deux situations existent à savoir l'entrée sur le territoire français sans être muni de document autorisant le séjour ou bien la prolongation du séjour sur le territoire français sans y être autorisé. En effet, l'article L 311-1 du CESEDA dispose que « tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois doit être titulaire de l'un des documents de séjour ». Les documents de séjour prévus par la loi sont le visa, la carte de séjour ou la carte de résident. La loi française oblige les majeurs étrangers à être munis de documents justifiant leur séjour sur le territoire français lorsqu'il est supérieur à trois mois. Néanmoins, il est explicite que les mineurs étrangers ne sont pas concernés par cette obligation. L'irrégularité du séjour d'un mineur étranger n'existe pas en droit français.

Ne pouvant être considéré en séjour irrégulier, il convient de s'interroger sur la transposition de la directive « Retour » du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne en droit français. Cette directive a été transposée en droit français par le décret d'application³²⁴ permettant l'entrée en vigueur de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité adoptée le 16 juin 2011³²⁵. Conforme à l'état du droit français, l'article 10 de la directive « Retour » n'a pas été transposé dans la loi pré-citée³²⁶.

³²¹ Refus d'entrée (Montgenèvre, 13 octobre 2018, 10h00) (document disponible auprès de Human Rights Watch); Refus d'entrée (Montgenèvre, 13 octobre 2018, 10:25) (document disponible auprès de Human Rights Watch) cités par Human Rights Watch, « Ça dépend de leur humeur » *Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes*, Human rights watch [en ligne], ISBN: 978-1-6231-37649, septembre 2019, p. 33.

³²² ANAFÉ, *Persona non grata : conséquences des politiques sécuritaires et migratoires. La frontière franco-italienne*, ANAFÉ, Paris, janvier 2019, p. 65. Voir aussi *ibid.*, p. 140 (photographie d'un refus d'entrée du 27 avril 2018 à Montgenèvre, déclarant que l'individu a une « apparence majeure ») cités par Human Rights Watch, « Ça dépend de leur humeur » *Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes*, Human rights watch [en ligne], ISBN: 978-1-6231-37649, septembre 2019, p. 33.

³²³ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, 2008/115/CE, 16 décembre 2008 dite directive « Retour ».

³²⁴ Décret pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et portant sur les procédures d'éloignement des étrangers, n° 2011-820, NOR: IOCV1115190D, 8 juillet 2011.

³²⁵ Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (1), n° 2011-672, NOR: IOCK1003689L, 16 juin 2011.

³²⁶ En ce sens, C., POULY, « Étranger : contentieux de l'obligation de quitter le territoire français », Répertoire de contentieux administratif [en ligne], juin 2019, §156.

De plus, la directive « Retour » est un acte de droit dérivé de l'Union européenne c'est-à-dire d'un acte devant être transposé dans le droit interne afin de l'adapter aux législations nationales. Si l'effet direct des directives est reconnu lorsqu'elles sont suffisamment claires, précises, inconditionnelles et si l'État de l'Union européenne n'a pas transposé la directive dans les délais³²⁷, cet effet direct est vertical et non horizontal³²⁸. Les directives s'imposent aux États membres sans qu'elles soient invocables par celui-ci contre un particulier. La directive « Retour » ne peut être invoquée à l'encontre d'un MNA afin de justifier son éloignement.

Ainsi, les MNA bénéficient d'une double protection contre l'éloignement du fait de leur état de minorité. Ils ne peuvent être éloignés selon la loi française et ne peuvent être considérés en séjour irrégulier. De mauvaises évaluations et détermination de l'âge des MNA permettent de les faire entrer dans le régime des majeurs dans lequel ils peuvent être expulsés et éloignés et doivent justifier de la régularité de leur séjour sous peine de se voir adresser une décision de retour et une mesure d'éloignement. Les difficultés encadrant cette analyse exposée précédemment inquiètent notamment lorsque sont connues les conséquences d'une mauvaise évaluation. Si l'interdiction de l'éloignement des mineurs est le principe, celui-ci fait état d'exceptions permettant un éloignement des MNA.

B. Les principes de non refoulement et de l'interdiction d'éloigner un mineur non accompagné contournés

L'adage « *exceptio probat regulam in casibus non exceptis* » signifie qu'une exception peut confirmer l'existence d'une règle générale. Le principe de non refoulement existe lui-même en raison de la possibilité pour un État d'accepter ou de contrôler l'entrée sur son territoire. Le principe d'interdiction d'éloigner un MNA existe pour empêcher que le refoulement d'un mineur puisse être pratiqué. Ces principes étant eux-mêmes des exceptions, leurs contournements satisfont la possibilité de refouler un étranger. Des contournements des principes précités sont prévus par la loi (1) alors qu'un contournement régulièrement pratiqué à Mayotte est illégal (2).

1. Les contournements légaux de l'interdiction

L'interdiction de l'éloignement n'est pas un principe absolu puisqu'il existe des aménagements à ce principe. Une procédure spécifique au refoulement des étrangers à la frontière existe en droit français. Il s'agit de la procédure de refus d'entrée (a). L'interdiction de l'éloignement des mineurs se voit aménagée dans le cas d'une volonté de retour vers leurs pays d'origine autorisée par le juge (b).

a. La procédure policière de refus d'entrée sur le territoire

Si Human Rights Watch et ANAFÉ ont dénoncé des refoulements de mineurs par la PAF dans les Hautes Alpes, ceux-ci sont justifiés par la procédure du refus d'entrée sur le territoire français³²⁹. L'entrée sur le territoire d'un État n'est pas un droit puisque le contrôle par l'État des entrées et sorties de son territoire est l'attribut principal de sa souveraineté. Pour un ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne les conditions d'entrée sur le territoire d'un État membre sont énumérées au sein du « Code frontières Schengen ». Ce Code a été créé en 2006 par un Règlement du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne³³⁰ et vient assembler les règles relatives à l'espace Schengen instauré en 1995. Ce Code a été réformé en 2016³³¹ plaçant les conditions d'entrée sur le territoire d'un État membre pour un ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne en son article 6 paragraphe premier (article 5 paragraphe premier dans sa première version). La première condition à l'entrée est « [d'] être en possession d'un document de voyage en cours de validité autorisant son titulaire à franchir

³²⁷ CJUE, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. 41-74, 4 décembre 1974.

³²⁸ CJUE, *Ministère public c. Tullio Ratti*, aff. 148/78, 5 avril 1979.

³²⁹ Voir Partie 2, Section 1, II, A, 1 de ce travail.

³³⁰ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen)*, (CE) 562/2006, 15 mars 2006.

³³¹ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement concernant un Code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen)*, (UE) 2016/399, 9 mars 2016.

la frontière ». En droit français le refus d'entrée est prévu aux articles L 213-1 à L 213-9 du CESEDA. Pour tout étranger dont « la présence constituerait une menace pour l'ordre public ou qui fait l'objet soit d'une peine d'interdiction judiciaire du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion, soit d'une interdiction de retour sur le territoire français, soit d'une interdiction de circulation sur le territoire français, soit d'une interdiction administrative du territoire » le refus d'entrée sur le territoire est applicable selon l'article L 213-1 du CESEDA. Pour un ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne, le refus d'entrée est applicable aux personnes ne remplissant pas les conditions d'entrée sur un territoire d'un État membre par le « Code frontières Schengen ». Un ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne en situation irrégulière peut alors se voir opposer un refus d'entrée sur le territoire français.

Un MNA n'étant pas muni des documents prouvant son identité et par la-même son âge peut être assimilé à un majeur en situation d'irrégularité. En vertu de l'article L 213-2 du CESEDA « un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire » est chargé de motiver tout refus d'entrée dans une décision écrite à l'exception d'une demande de protection internationale ayant été introduite. En effet, si une demande de protection internationale a été introduite par le MNA, il ne peut se voir imposer un refus d'entrée sur le territoire. Eu égard à la très faible proportion de demande de protection internationale introduite par les MNA, il reste que nombre d'entre eux n'ayant pas de document d'identité se voit octroyer un refus d'entrée sur le territoire. Il s'agit de la première évaluation de l'âge. Celle-ci est faite par un agent de la PAF qui n'y est pas formé. Le refus d'entrée adressé à un MNA alors même que celui-ci ne peut être considéré en situation d'irrégularité, et qu'il ne peut être éloigné de force en droit français, constitue l'expression même du caractère non-absolu du principe de non refoulement.

Afin de palier à cette violation, le législateur a créé ce qui est appelé le « jour franc » dès la mise en place du refus d'entrée de territoire en 2005. Celui-ci est régi par l'article L 213-2 alinéa second du CESEDA qui permet à la personne intéressée par un refus d'entrée « d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix » durant vingt-quatre heures. Le MNA ne peut être rapatrié avant la fin de ce délai. Depuis 2006, l'article L 221-5 du CESEDA dispose que « lorsqu'un étranger MNA d'un représentant légal n'est pas autorisé à entrer en France, le procureur de la République, avisé immédiatement par l'autorité administrative, lui désigne sans délai un administrateur *ad hoc* ». Le MNA bénéficie d'une garantie de représentation ainsi que de mise au courant du procureur de la République lorsqu'il lui est opposé un refus d'entrée sur le territoire français. Cet administrateur *ad hoc* doit lui permettre de faire un recours contre la décision de refus d'entrée. Les recours contre une décision de refus d'entrée se font devant le juge administratif. Il s'agit d'un recours en référé-liberté si une violation d'une garantie fondamentale est alléguée, un référé-suspension ou en référé-annulation. Ce dernier recours est le seul possible pour les demandeurs de protection internationale pour lesquels il a été ordonné un refus d'entrée dans un délai de quarante-huit heures selon l'article L 213-9 alinéa premier du CESEDA. Durant le délais du jour franc, le MNA est placé en zone d'attente.

La garantie du « jour-franc » est primordiale afin d'éviter une évaluation arbitraire de l'âge des agents de la PAF permettant de refouler un mineur. Il est mentionné, depuis l'adoption de la loi n°2018-778 le 10 septembre 2018 qu'une attention particulière doit être accordée aux MNA à l'article L 213-2 du CESEDA. Des renvois sommaires sont pourtant recensés par Human Rights Watch dans la région des Hautes-Alpes³³² et des refus d'entrées ordonnés sans qu'il soit fournie au mineur la décision motivée³³³. Le refus d'entrée prononcé à l'égard d'un MNA peut entraîner double conséquences, soit il est prononcé dans les règles incombant à l'agent d'informer le mineur de ses droits ce qui devrait à terme permettre sa représentation par un administrateur *ad hoc*, soit le droit à l'information du mineur n'est pas respecté et celui-ci se voit refuser l'accès au territoire et reconduit à l'étranger. Une issue peut alors être favorable au mineur si la procédure est respectée car il pourra ensuite tenter de convaincre et de prouver sa minorité et entrer dans le régime de protection de l'enfance. L'autre issue amène le jeune à tenter le passage de la frontière une nouvelle fois pour pouvoir entrer sur le territoire français.

³³² Human Rights Watch, « *Ça dépend de leur humeur* » *Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes*, Human rights watch [en ligne], ISBN: 978-1-6231-37649, septembre 2019, p. 38 à 40.

³³³ Human Rights Watch, « *Ça dépend de leur humeur* » *Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes*, Human rights watch [en ligne], ISBN: 978-1-6231-37649, septembre 2019, p. 33 à 37.

b. La procédure judiciaire de retour humanitaire

La directive « Retour » prévoit le retour volontaire en ces mots : « afin d'encourager le retour volontaire, les États membres devraient prévoir une assistance et un soutien renforcés en vue du retour et exploiter au mieux les possibilités de financement correspondantes offertes dans le cadre du Fonds européen pour le retour »³³⁴. Le droit dérivé de l'Union européenne incite les États membres à accorder une assistance et un soutien afin de favoriser le retour volontaire. Si l'intention est la gestion de l'immigration irrégulière, l'aide accordée aux étrangers est la bienvenue. L'État français n'a pas attendu que le Parlement et le Conseil de l'Union européenne incite les États membres pour allouer une aide au retour volontaire. Cette aide a été créée en 1984 et maintes fois révisée. En particulier, une aide au retour volontaire a été mise en oeuvre par une circulaire interministérielle prise le 7 décembre 2006³³⁵. Cette aide a un intérêt économique évident, la coût d'une expulsion étant plus élevé que celui de l'aide allouée. L'aide au retour volontaire ne s'applique pas aux mineurs en ce qu'elle concerne les personnes en situation irrégulière, ayant introduit une demande d'asile qui a été refusée où ne voulant plus être poursuivie ou ayant reçu une obligation de quitter le territoire français.

Néanmoins, la circulaire précitée a également créé une aide au retour humanitaire. Cette aide visant les étrangers en situation de grande précarité, désigne le MNA comme bénéficiaire de cette aide en ces mots « le mineur isolé étranger sur demande d'un magistrat ou, le cas échéant, dans le cadre d'un dispositif ayant pour objet une réunification familiale dans son pays d'origine ou un pays d'accueil »³³⁶. D'une part, le juge peut demander le retour du MNA tout en prenant en compte le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 de la CDE). D'autre part, la réunification familiale peut permettre un retour aidé pour un MNA. Il est à se rappeler que la réunification familiale est différente du regroupement familial en droit français. En effet, la réunification familiale est un régime dérogatoire spécifique aux réfugiés, bénéficiaires de la protection subsidiaire et apatrides qui demandent à être rejoints par le ou les membres de leur famille selon l'article L752-1 du CESEDA. L'assistance et le soutien au retour volontaire exigées par la directive « Retour » ont été créés avant la transposition de cette directive dans le droit français sous la forme d'une aide financière que les MNA peuvent se voir allouer. L'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrants, prenait en charge l'aide au retour humanitaire avant d'être intégrée en 2009 dans l'OFII. Désormais, la Direction de l'immigration, du retour, de la réinsertion et de l'international de l'OFII prend en charge les frais de voyage et d'acheminement du lieu de départ en France au lieu d'arrivée dans le pays de destination mais aussi le logement, le repas, le transport et les frais de bagages supplémentaires³³⁷. L'OFII a la compétence de l'organisation opérationnelle des éloignements aidés selon l'article L. 5223-1 du Code du travail en son cinquième paragraphe. Cet établissement public est en charge de l'aide au retour volontaire des étrangers en France et plus particulièrement de l'aide au retour humanitaire des MNA. En 2010, fut réformé le régime des aides au retour afin d'en renforcer son attractivité. Les aides au retour sont au nombre de trois à savoir l'aide au retour volontaire, l'aide au retour humanitaire et l'aide au retour sans aide financière. A travers l'instruction publiée par l'OFII n° 2010/03 du 15 mars 2010 à la destination des Directeurs Territoriaux et des Directeurs de Représentation à l'étranger, il est décrit la condition à remplir pour bénéficier de l'aide au retour humanitaire. L'instruction pré-citée se substitue à la circulaire interministériel de 2006. Les MNA entrent dans le régime de l'aide au retour humanitaire puisqu'ils remplissent la condition suivante : « les étrangers ayant la nationalité d'un État membre de l'UE [ou tiers de l'UE], séjournant en France depuis au moins trois mois, en situation de dénuement ou de grande précarité »³³⁸. La procédure judiciaire de l'aide au retour humanitaire peut s'avérer favorable aux MNA lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est respecté et que ce retour est préparé à la fois en amont et en aval. Si les contournements du principe d'interdiction de l'éloignement des mineurs précédemment exposés sont prévus par la loi, les cas particuliers de pratiques illégales dénoncées par les observateurs sur l'île de Mayotte mérite un regard plus aiguisé.

³³⁴ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, 2008/115/CE, 16 décembre 2008, considérant 10.

³³⁵ Circulaire interministérielle relative au dispositif d'aide au retour pour les étrangers en situation irrégulière ou en situation de dénuement, N°DPM/ACI3/2006/522, 7 décembre 2006.

³³⁶ *Ibid.*, point 1.2.1.

³³⁷ *Ibid.*, point 2.1.

³³⁸ OFII, Instruction « Mise en place du dispositif d'aide au retour et à la réinsertion », n° 2010/03, 15 mars 2010, I-2-2.

2. Le contournement illégal des principes de non refoulement et de non-éloignement des mineurs non accompagnés : le cas de Mayotte

Le département d'Outre-Mer de Mayotte concentre depuis plusieurs années une véritable panoplie de violations des droits fondamentaux des personnes étrangères. Un régime dérogatoire au droit commun des étrangers applicable en métropole est justifié par le prétexte de prise en compte du contexte particulier de l'île afin de satisfaire à l'article 73-1 de la Constitution française. Ce contexte particulier tenant à l'histoire et à la situation géographique de l'île n'est pourtant pas retenu comme justifiant un régime dérogatoire de gestion de l'immigration selon la CEDH³³⁹. La tant attendue entrée en vigueur du CESEDA à Mayotte en 2014 par les associations de défense des droits des étrangers et l'instance indépendante du Défenseur des droits eut l'effet d'une douche froide. En effet, l'adoption de l'ordonnance du 7 mai 2014 maintenant de nombreuses dérogations a entériné un régime ultra-marin spécifique. Neuf organisations et cinq associations ont formé deux recours en annulation du décret d'application de l'ordonnance pré-citée. Le Conseil d'État a rejeté les requêtes par deux décisions³⁴⁰ et « validé les dérogations à l'application du CESEDA à Mayotte » selon l'ANAFÉ³⁴¹. Les pratiques illégales concernant l'éloignement des étrangers sont nombreuses et recensées par les acteurs de la protection des droits fondamentaux français comme la soustraction à l'obligation d'obtention d'un laissez-passer avant la reconduite à la frontière³⁴². La politique massive d'éloignement crée un abandon important de certains mineurs à travers la reconduite à la frontière des parents. Mais, plus particulièrement l'interdiction d'éloigner les mineurs ne bénéficiant pas de dérogation à Mayotte, est contournée de manière illégale par le rattachement arbitraire à un adulte.

Le rattachement arbitraire de MNA à des adultes non titulaires de l'autorité parentale est pratique courante à Mayotte. Lors de l'arrivée par *kwassa-kwassa*³⁴³ les agents de la PAF rattachent les MNA à un adulte présent sur l'embarcation sans même vérifier un éventuel lien de parenté. Ce rattachement est fait d'un « geste de la main » selon l'ANAFÉ³⁴⁴. La CNCDH élargit cette pratique à la préfecture en ces mots « les forces de l'ordre, tout comme la préfecture, établissent ces rattachements sans procéder aux vérifications nécessaires relatives à l'identité du mineur et de l'adulte, la véracité de leurs liens et la délégation d'autorité parentale exercée »³⁴⁵. En outre, le Défenseur des droits a mis en relation cette création de « lien artificiel »³⁴⁶ entre le MNA et l'adulte désigné avec la volonté délibérée de pouvoir procéder à l'éloignement du jeune. Cette pratique a été portée devant le juge des référés du Conseil d'État qui a rappelé l'obligation pour l'autorité administrative de vérifier « dans toute la mesure du possible »³⁴⁷ l'identité du jeune ainsi que « la nature exacte des liens qu'il entretient avec la personne majeure qu'il accompagne »³⁴⁸. Il est possible d'ordonner une obligation de quitter le territoire à l'adulte accompagnant et à l'enfant lorsqu'ils sont rattachés. Ce rattachement permet également le placement en rétention provisoire ainsi qu'il le sera expliqué dans la suite de ce travail (Partie 2, Section 1, III, B, 2). Le rattachement arbitraire d'un MNA à un adulte a fait partie des griefs formés dans l'affaire *Moustabi c. France* n° 9347/14³⁴⁹ alléguant la violation de l'article 3 de la Convention EDH. Selon les requérants, ce rattachement entraînant le placement en rétention provisoire et le renvoi expéditif du mineur est constitutif de traitements contraires à l'article 3 de la Convention EDH. Dans cette affaire, le Président

³³⁹ CEDH, Grande Chambre, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, 13 décembre 2012, §97 et CEDH, Grande Chambre, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, 23 février 2012 cité par C., ESCUILLIÉ, « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 27 février 2015.

³⁴⁰ CE, 22 juillet 2015, n° 383034 ; CE, 22 juillet 2015, n° 381550.

³⁴¹ ANAFÉ, *Rapport de mission de l'ANAFÉ à Mayotte et à la Réunion en 2016* « 976 : Au-delà des frontières de la légalité », ANAFÉ, Paris, mars 2017, p. 8.

³⁴² CNCDH, *Avis sur les droits des étrangers et droit d'asile dans les outremer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 septembre 2017, p. 30-31.

³⁴³ Un *kwassa-kwassa* est le nom comorien pour désigné un canot de pêche rapide. Il s'agit de l'embarcation la plus choisie par les étrangers tentant l'arrivée sur le territoire de Mayotte par la voie irrégulière.

³⁴⁴ ANAFÉ, *Rapport de mission de l'ANAFÉ à Mayotte et à la Réunion en 2016* « 976 : Au-delà des frontières de la légalité », ANAFÉ, Paris, mars 2017, p. 28.

³⁴⁵ CNCDH, *Avis sur les droits des étrangers et droit d'asile dans les outremer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 septembre 2017, p. 27.

³⁴⁶ Défenseur des droits, *Rapport* « Etablir Mayotte dans ses droits », Constats et recommandations du Défenseur des droits faisant suite au déplacement d'une délégation de ses services à Mayotte les 2 et 3 octobre 2019, 11 février 2020, p. 50.

³⁴⁷ CE, réf., 9 janvier 2015, n° 386865 cité par Défenseur des droits, *Rapport* « Etablir Mayotte dans ses droits », Constats et recommandations du Défenseur des droits faisant suite au déplacement d'une délégation de ses services à Mayotte les 2 et 3 octobre 2019, 11 février 2020, p. 50.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ CEDH, Communication de l'affaire *Moustabi c. France*, n° 9347/14, 30 octobre 2017.

de la 5^{ème} section de la CEDH a autorisé une tierce-intervention au Gisti, à la Cimade et à la Ligue des droits de l'homme. Ces associations ont pu démontrer que l'existence de cette pratique était connue et « institutionnalisée » en rapportant les propos datant de mai 2010 de la sénatrice Isabelle Debré suivant : « le mineur présent dans un « kwassa-kwassas » est systématiquement rattaché à un adulte qui s'y trouve aussi et sera reconduit avec lui »³⁵⁰. Il y est ajouté la mention d'une « attestation de rattachement » au nom de la direction centrale de la Police aux Frontières de Mayotte. Annexer l'attestation de rattachement à la mention de cette pratique qualifiée de systématique montre le caractère automatique et institutionnalisé de cette dernière. Plusieurs décisions du Conseil d'État³⁵¹ montrent que la connaissance du rattachement d'un MNA à un adulte sans vérifier les relations entre les deux n'entraîne pas condamnation de la pratique illégale. Acceptée, elle permet ensuite au Conseil d'État de ne pas condamner un éloignement, qui n'est plus *de jure* contraire à la loi, alors même qu'il s'agit *de facto* de l'éloignement d'un MNA. Par son arrêt *Moustahi c. France* rendu le 25 juin 2020, la Cour a retenu à l'unanimité l'ensemble des griefs évoqués et a condamné la France en reconnaissant en particulier le rattachement arbitraire qui « n'a pas été opéré dans le but de préserver l'intérêt supérieur des enfants, mais dans celui de permettre leur expulsion rapide vers les Comores »³⁵². La Cour a dénoncé la manoeuvre illicite des autorités françaises comme un moyen d'appliquer une législation plus répressive. Il s'agit d'une confirmation des observations faites dans ce travail.

Ainsi, un MNA est protégé contre l'éloignement en raison de sa minorité et son isolement. Les MNA peuvent néanmoins être refoulés à l'entrée du territoire ainsi qu'être aidés à être éloignés s'ils sont volontaires. Les étrangers interpellés à la frontière où sur le territoire national alors qu'ils ne présentent pas l'autorisation d'entrer ou de se maintenir sur le territoire peuvent être privés de liberté pour procéder à de plus amples vérifications. Les MNA ne sont pas entièrement protégés contre cette privation de liberté.

§3. Une protection en demie teinte contre la privation de liberté des mineurs non accompagnés

Si l'enfermement des étrangers semble être un outil controversé sur le plan des droits fondamentaux, la France est le pays de l'Union européenne qui y a le plus recours³⁵³. Il s'agit d'une utilisation importante de la rétention administrative majoritairement pour enfermer des adultes mais également des enfants. En France, les MNA peuvent être privés de liberté dans deux lieux différents à savoir les zones d'attentes (A) et les centres de rétention administrative (B).

A. Le placement et le maintien en zone d'attente des mineurs non accompagnés

Le placement des MNA en zone d'attente est en baisse constante et significative depuis 2012. En effet, l'ANAFÉ a recensé les mineurs isolés « avérés » placés en zone d'attente jusqu'à 2017. Ils étaient 416 en 2012, 378 en 2013, 259 en 2014, 223 en 2016 et 218 en 2017³⁵⁴. Il s'agit des MNA avérés à savoir ceux pour qui l'évaluation n'a pas réfuté la minorité. Si le droit français autorise le placement et le maintien des MNA en zone d'attente (1), ils semblent contraires aux engagements conventionnels de la France (2).

³⁵⁰ I., DEBRÉ, *Rapport de mission auprès du Gardes des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés « Les mineurs isolés étrangers en France »*, 12 mai 2010, p. 64.

³⁵¹ CE, 13 avril 2016, n° 398612 ; CE, 21 mars 2017, n° 408907.

³⁵² CEDH, *Moustahi c. France*, n° 9347/14, 25 juin 2020, §64.

³⁵³ AFP, « La France est le pays européen qui a le plus recours à l'enfermement des migrants », *Le Monde*, 04 juin 2019.

³⁵⁴ En ce sens, ANAFÉ, *La procédure et la défense des droits en zone d'attente support de formation*, ANAFÉ, Paris, octobre 2018, p. 9.

1. L'autorisation par le droit français

Lorsqu'un étranger est interpellé avant son entrée sur le territoire français, il peut être placé en zone d'attente. N'ayant d'existence légale auparavant, la zone d'attente a été créée par la loi du 6 juillet 1992³⁵⁵ et définie comme un espace physique allant « des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes. Elle peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport ou à proximité du lieu de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier »³⁵⁶. En 2003, l'article 50 de la loi n° 2003-1119³⁵⁷ a donné une conception plus large des zones d'attente permettant leur création en tout lieu à l'extérieur de la zone ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire. Le même article prévoit que la zone d'attente peut s'étendre aux lieux où peut se rendre un étranger comme le tribunal de grande instance ou la cour d'appel compétents pour statuer sur la prolongation du maintien, ou en cas de nécessité médicale. Un nouvel élargissement de la définition d'une zone d'attente a été permis par l'article 10 de la loi n° 2011-672³⁵⁸ à travers la possibilité de créer des zones d'attente en cas d'arrivées à la frontière d'un groupe de migrants d'au moins dix personnes en dehors des points d'entrées officiels à savoir les points de passages contrôlés de l'entrée sur le territoire. Ces zones d'attentes à visée exceptionnelle sont encadrées par la circulaire prise par le ministre de l'intérieur, de l'outre mer, des collectivités territoriales et de l'immigration le 17 juin 2011³⁵⁹. Il s'agit de zones d'attente mobiles et temporaires constituant un régime d'exception. La circulaire pré-citée précise la possibilité de création de zone d'attente pour les personnes qui auraient franchi les frontières extérieures à l'espace Schengen lorsque le conseil constitutionnel l'autorise pour les personnes qui auraient franchi les frontières françaises extérieures en dehors des points de passages frontaliers³⁶⁰. Les dernières évolutions législatives ne modifient pas la substance du droit applicable sur les zones d'attente. Les contours de la notion de zone d'attente restent flous dans le but d'accélérer le contrôle des personnes étrangères et le refoulement de celles n'étant pas autorisées à entrer sur le territoire³⁶¹.

L'article L 221-1 du CESEDA précise les personnes concernées par le placement en zone d'attente. Les personnes étrangères n'étant pas autorisées à entrer sur le territoire français et celles demandant à entrer sur le territoire au titre de l'asile peuvent être placées en zone d'attente. L'élargissement de la définition de zone d'attente survenue en 2003 permet de créer une zone d'attente à la suite d'un contrôle par les agents de la Brigade mobile d'immigration dans les zones de transit comme une gare ferroviaire ouverte au trafic international, dans un port ou à proximité du lieu de débarquement ou dans un aéroport. Le maintien en zone d'attente est prononcé pour une durée qui ne peut excéder quatre jours par une décision écrite et motivée selon l'article L 221-3 du CESEDA. Il peut être prolongé jusqu'à huit jours par une décision judiciaire du juge des libertés et de la détention selon l'article L 222-1 du CESEDA. Par un arrêt de cassation relatif au bénéfice d'un représentant légal pour un mineur maintenu en zone d'attente, la Cour de cassation n'a pourtant pas écarté l'application du régime relatif au maintien en zone d'attente s'agissant des mineurs³⁶². Le maintien et *a fortiori* le placement en zone d'attente des mineurs ne fait pas exception au régime applicable aux majeurs. Les MNA ne bénéficient pas d'un régime dérogatoire à celui des majeurs. Depuis la loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015, le maintien en zone d'attente pour les MNA demandant l'asile doit être exceptionnel et remplir une des conditions suivantes : ils proviennent d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr, ils ont présenté une demande de réexamen qui n'est pas irrecevable, ils ont présenté de faux documents d'identité ou de voyage, fourni de fausses indications ou dissimulé des informations ou des documents concernant leurs identités, leurs nationalités ou les modalités de leurs entrées en France afin de l'induire en erreur ou ont présenté plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ou ils constituent une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État³⁶³. Le caractère exceptionnel du maintien en

³⁵⁵ Loi sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-625, NOR: INTX9200050L, 6 juillet 1992.

³⁵⁶ CESEDA, article L. 221-2.

³⁵⁷ Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-1119, NOR: INTX0300040L, 26 novembre 2003.

³⁵⁸ Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, n° 2011-672, NOR: IOCK1003689L, 16 juin 2011.

³⁵⁹ Ministre de l'intérieur, de l'outre mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, Circulaire relative à l'entrée en vigueur de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, n° IOCK1110771C, 17 juin 2011, point 1.

³⁶⁰ En ce sens, ANAFÉ, *La procédure et la défense des droits en zone d'attente support de formation*, ANAFÉ, Paris, octobre 2018, p. 8.

³⁶¹ En ce sens, *ibid.*, p. 5 à 7.

³⁶² Cour de cassation, 2^{ème} Civ., 2 mai 2001, pourvoi n° 99-50008.

³⁶³ CESEDA, article L 723-2, 1° et 2° du I, au 1° du II et au 5° du III.

zone d'attente afin de vérifier que la demande d'asile à la frontière « n'est pas irrecevable ou manifestement infondée »³⁶⁴ ne concerne uniquement les MNA demandeurs d'asile.

Ainsi, le placement et le maintien en zone d'attente sont autorisés en droit français. La notion de zone d'attente inexistante au départ, son encadrement n'était pas donné. La notion est désormais existante mais les contours sont flous. L'intérêt est de ne pas trop contraindre, par le droit, le placement et le maintien en ces zones afin que les objectifs de gestion de l'immigration irrégulière puissent être remplis. Au sein de cette zone, l'étranger n'étant pas encore autorisé à entrer sur le territoire français, il peut encore être refoulé. Les MNA tirent de leur particulière vulnérabilité un régime spécifique de protection de leurs droits fondamentaux. Il est le résultat de plusieurs engagements conventionnels de la France dans des instruments de protection internationale des droits de l'homme. Il semble que le placement et le maintien en zone d'attente des MNA soit contraire à ces engagements.

2. La contrariété avec les engagements conventionnels de la France

L'État français étant partie à la CDE, il doit respecter l'ensemble des droits fondamentaux conférés aux mineurs et plus particulièrement aux MNA. A titre de rappel, l'article 3 de la CDE impose que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans la prise de décisions le concernant, l'article 20 demande une protection et une aide spéciale de l'État, l'article 37. b ordonne que la privation de liberté d'un enfant soit une mesure légale, non arbitraire, de dernier ressort et d'une durée la plus brève possible et l'article 37. c exige que les enfants privés de liberté soient séparés des majeurs. Il semble difficile de considérer que le placement et le maintien des MNA en zone d'attente respecte l'intérêt supérieur de l'enfant, principe reconnu à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel le 21 mars 2019. L'intérêt étatique de contrôle de l'immigration irrégulière prime sur l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque l'enfermement de celui-ci est permis par le droit national. Néanmoins, il a été décidé par le juge français qu'une mesure d'assistance éducative prononcée par le juge des enfants doit entraîner la fin du maintien en zone d'attente d'un MNA en considérant que la zone d'attente « se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national »³⁶⁵ c'est-à-dire sur le territoire français. Le mineur, qui plus est le MNA, peut bénéficier lors du maintien en zone d'attente d'une mesure de protection lorsqu'il se trouve en danger (article 375 du Code civil). Ne pas reconnaître l'application du régime de la protection de l'enfance en danger lors du maintien en zone d'attente revient à reconnaître, à défaut, que la zone d'attente n'appartient pas au territoire national, ce qui entraîne la cassation et l'annulation de l'arrêt attaqué. Sans le nommer, le juge a pu faire respecter le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas du prononcé d'une mesure d'assistance éducative puisque l'intérêt de protection du mineur prime sur son maintien dans la zone d'attente. Aussi, la Cour de cassation a reconnu implicitement une violation de l'article 20 de la CDE en incluant dans son arrêt le moyen annexe produit par l'avocat du mineur demandeur alléguant la violation de cet article. Il convient d'ajouter que le juge national a reconnu l'obligation de placer un MNA dans une zone séparée des majeurs « dès lors que cette séparation est possible » dans l'intérêt du mineur³⁶⁶. En somme, il s'agit d'une obligation tenant au respect de l'article 37.c de la CDE.

Dans le cadre du cinquième examen périodique concernant la France devant le comité des droits de l'enfant, le comité a affirmé sa préoccupation s'agissant de la situation des enfants migrants non accompagnés étant automatiquement placés dans les zones d'attente des aéroports, à l'hôtel et dans d'autres locaux de rétention administrative, parfois avec des adultes, ainsi que par les informations indiquant que ces enfants seraient renvoyés avant même d'avoir parlé à un administrateur ad hoc³⁶⁷. Il a également été recommandé à la France par ledit comité « d'adopter les mesures nécessaires, notamment des mesures juridiques, pour éviter le placement d'enfants en rétention dans les zones d'attente, en redoublant d'efforts pour trouver des solutions adéquates de substitution à la privation de liberté et pour assurer aux enfants un hébergement adapté, et de respecter pleinement les obligations de non refoulement »³⁶⁸. Dans le cadre de l'examen périodique universel concernant la France de 2018 devant

³⁶⁴ Loi relative à la réforme du droit d'asile (1), n° 2015-925, NOR : INTX1412525L, du 29 juillet 2015, article 13 modifiant l'article L. 221-1 du CESEDA.

³⁶⁵ Cour de cassation, Civ. 1ère, 25 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 66, pourvoi n° 08-14.12, attendu n° 3.

³⁶⁶ TGI Bobigny, 10 août 2011, n° 11/03165.

³⁶⁷ Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016, §73.

³⁶⁸ *Ibid.*, §74.

le Conseil des droits de l'Homme, le Comité des droits de l'Homme constate que les mineurs continuent à être placés en zone d'attente pour une durée allant jusqu'à 20 jours³⁶⁹. L'ANAFÉ a apporté à cet examen périodique universel l'information de la poursuite du maintien des MNA en zone d'attente « en contradiction avec les principes du droit international »³⁷⁰.

Aussi, la CEDH s'est prononcée sur l'incompatibilité avec le respect des articles 3, 5 et 8 de la Convention EDH s'agissant de la rétention administrative de mineurs accompagnés³⁷¹. S'il convient que cette notion est présentée plus précisément dans la suite de ce travail (B), il faut d'ores et déjà mentionner que les conditions de traitement des MNA maintenus en zone d'attente ou en rétention administrative sont sensiblement les mêmes³⁷². Le juge national a également pu affirmer que le maintien en zone d'attente d'une famille composée d'enfants mineurs puisse être refusé en se fondant sur l'obligation de respect de l'article 3 de la Convention EDH. Il a jugé que « le fait qu'il s'agisse d'une zone d'attente et pas un centre de rétention n'exempte en rien de l'obligation de protéger ces enfants résultant de l'article 3 CEDH »³⁷³. Enfin, le Défenseur des droits s'est saisi d'office de la situation de deux mineures, respectivement âgées de 6 et 3 ans et demi, qui étaient maintenues pendant plusieurs jours, au mois de juin 2015, dans la zone d'attente d'un aéroport. Est critiqué l'encadrement légal du traitement des mineurs dans les zones d'attentes et est considéré « [qu'] en affichant positivement le fait que les MNA ne peuvent être maintenus en zone d'attente qu'à titre exceptionnel, le législateur a consacré, a contrario, leur présence dans de tels lieux »³⁷⁴. Il estime critiquable le « principe même du placement des enfants non accompagnés en zone d'attente »³⁷⁵ et « les risques de refoulement qu'ils y encourent »³⁷⁶ tout en reconnaissant que le principe de non refoulement n'est pas absolu mais que l'éloignement de mineurs est interdit en droit français.

Ainsi, le placement et le maintien en zone d'attente, notion régulièrement élargie, est une conséquence de l'absence du caractère absolu du principe de non refoulement. Il s'agit aussi d'une possibilité de contourner l'interdiction d'éloigner des MNA. Pratique critiquée, dénoncée et condamnée elle reste pourtant durable. Si l'enfermement régulier en zone d'attente des MNA, parfois durant une période de plusieurs jours, viole les engagements conventionnels de l'État français, le maintien en rétention administrative de ces mineurs est interdit par le droit français.

B. Le placement interdit en rétention administrative pratiqué

Le Défenseur des droits a notifié une nette augmentation du nombre de placement de mineurs en rétention administrative par les mots suivants : « En 2012, 99 enfants avaient été placés en rétention en métropole, le nombre ayant notablement chuté en 2013 (41 enfants) et 2014 (45 enfants), pour remonter à partir de 2015 (105 enfants) et atteindre en 2016 le nombre de 182 enfants. En 2017, le nombre d'enfants placés en rétention administrative, en métropole, a atteint le chiffre record de 275, soit presque autant que durant les années 2012, 2013, 2014 et 2015 réunies »³⁷⁷. En 2018, année de l'interdiction du placement en rétention administrative des MNA, la Cimade dénonce que « 339 personnes âgées de 12 à 17 ans selon leurs déclarations ont été enfermées car l'administration les considérait comme majeures »³⁷⁸ dont 42% d'entre-eux par la préfecture du Pas-de-Calais. Il convient par ailleurs de noter que l'absence de données chiffrées s'agissant de la rétention administrative dans le rapport d'activité de MMNA pour le ministère de la justice est problématique. Toutefois il y est reconnu des pratiques critiquables à savoir : « le placement en centre de rétention administrative de jeunes se

³⁶⁹ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Rapport : Compilation concernant la France*, A/HRC/WG.6/29/FRA/2, 13 novembre 2017, §73.

³⁷⁰ Conseil des droits de l'homme (NU), *Résumé des communications des parties prenantes concernant la France*, A/HRC/WG.6/29/FRA/3, 2 novembre 2017, §71.

³⁷¹ CEDH, *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, 12 juillet 2016 ; CEDH, *A.M. et autres c. France*, n° 24587/12, 12 juillet 2016 ; CEDH, *R.C. et V.C. c. France*, n° 76491/14, 12 juillet 2016 ; CEDH, *R.K. et autres c. France*, n° 68264/14, 12 juillet 2016.

³⁷² ANAFÉ, *La procédure et la défense des droits en zone d'attente support de formation*, ANAFÉ, Paris, octobre 2018, p. 13.

³⁷³ TGI Lyon, 27 août 2016, n°16/857.

³⁷⁴ Défenseur des droits, Décision n° 2017-144, 26 juin 2017, §24.

³⁷⁵ *Ibid.*, §25.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ Défenseur des droits, Décision n°2018-045, 8 février 2018, p. 4.

³⁷⁸ Cimade, *Rapport 2018 « Centres et locaux de rétention administrative »*, ISBN : 978-2-900595-54-1, juin 2019, p. 26.

revendiquant comme MNA et qui n'ont pas fait l'objet d'une évaluation de leur minorité et de leur isolement par un conseil départemental »³⁷⁹ et « le placement en centre de rétention administrative de jeunes pour lesquels une mesure éducative aurait été prise, mais pour lesquels un nouvel élément est venu contredire la minorité et démontrer une majorité »³⁸⁰. La MMNA se dit « vigilante sur cette problématique »³⁸¹. Si l'interdiction du placement des MNA en rétention administrative est récente (1), celle-ci est contournée en raison de son utilité pratique à l'éloignement voulu des personnes étrangères arrivées de manière irrégulière (2).

1. L'interdiction du placement en rétention administrative

La rétention administrative est une décision de privation de liberté prise par l'autorité administrative intervenant « après l'interpellation de l'étranger ou, le cas échéant, lors de sa retenue aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention »³⁸². Cette rétention est autorisée et encadrée par le droit dérivé de l'Union européenne à travers les directives « Retour » et « Accueil » composant le RAEC. Elles n'interdisent aucunement le placement de mineurs en rétention administrative mais visent à raccourcir le plus possible la durée de leur maintien dans les centres. Il convient de rappeler que les directives précitées ne concernent que les MNA qui ont introduit une demande de protection internationale. Il est à se rappeler que ces mineurs particuliers ne sont qu'une faible minorité de MNA. Pour le placement en rétention administrative il s'agit de prévenir « un risque non négligeable de fuite »³⁸³ de l'étranger à défaut de pouvoir appliquer une assignation à résidence régie par l'article L 561-2 du CESEDA. La loi du 20 mars 2018³⁸⁴ est venue détailler douze hypothèses justifiant le risque précité tout en gardant la possibilité d'invoquer une « circonstance particulière » qui ouvre à multiples possibilités de justifications de placement en rétention administrative. La définition du « risque de fuite » et son encadrement constitue l'objet de la loi du 20 mars 2018, réaction nécessaire face aux sanctions portées par la Cour de cassation en 2017 et le Conseil d'État en 2018³⁸⁵. Auparavant, l'article 35 de la loi du 7 mars 2016³⁸⁶ a rendu exceptionnel le recours à la rétention administrative pour un étranger accompagné d'un mineur. La rétention de mineurs accompagnés d'un adulte a fait l'objet de recommandations afin d'en limiter son recours dans le cadre de l'examen périodique de la France en 2013³⁸⁷. Dans son rapport national présenté au Conseil des droits de l'homme publié le 13 novembre 2017 dans le cadre de l'examen périodique universel de 2018, la France mentionne la possibilité exceptionnelle de placement en rétention des mineurs accompagnés de leur famille³⁸⁸. Elle ne mentionne néanmoins pas le cas des MNA. Le Comité des droits de l'homme demande à revoir le régime dérogatoire appliqué à Mayotte par rapport au droit commun applicable en métropole. Il demande également d'interdire la privation de liberté des mineurs en zone de transit et en lieux de rétention administrative en métropole et en outre mer³⁸⁹.

La CEDH avait considéré dans l'affaire *Rahimi c. Grèce* que les conditions de détention dans un centre de rétention d'un MNA constituaient une violation de l'article 3 de la Convention EDH sans prendre en compte la durée de celle-ci³⁹⁰. Elle avait précisé que les conditions de détention relatives à « l'hébergement, l'hygiène et l'infrastructure étaient si graves qu'elles portaient atteinte au sens même de la dignité humaine »³⁹¹. Elle avait également admis que les autorités compétentes ne s'étaient pas

³⁷⁹ DPJJ, Rapport annuel d'activité 2019, Mission MNA, mai 2020, p. 30.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² CESEDA, article L 551-2.

³⁸³ CESEDA, article L 551-1.

³⁸⁴ Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen, n° 2018-187, NOR: INTX1734902L, 20 mars 2018, article 1.

³⁸⁵ En ce sens, T, FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §96 se référant à Cour de cassation, 1ère Civ., 27 septembre 2017, *Bull.* 2017, pourvoi n° 17-15.160 et CE, 5 mars 2018, n° 405474.

³⁸⁶ Loi relative au droit des étrangers en France, n° 2016-274, NOR: INTX1412529L, 7 mars 2016.

³⁸⁷ Conseil des droits de l'homme (NU), *Rapport du Groupe de travail sur l'examen périodique universel France*, A/HRC/23/3, 21 mars 2013, §120.165.

³⁸⁸ Conseil des droits de l'homme (NU), *Rapport national présenté conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme France*, A/HRC/WG.6/29/FRA/1, 13 novembre 2017, §113.

³⁸⁹ Conseil des droits de l'homme (NU), *Compilation concernant la France rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, A/HRC/WG.6/29/FRA/2, 13 novembre 2017, §72.

³⁹⁰ CEDH, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, 5 avril 2011, §86.

³⁹¹ *Ibid.*, §86.

préoccupées de la situation particulière du requérant avant son placement en rétention³⁹². La Cour ne s'est pas prononcée à l'encontre du placement en rétention administrative des mineurs mais la technique du faisceau d'indices est appliquée pour déterminer si, en l'espèce, violation de l'article 3 de la Convention EDH il y eut. Puis, la France a été condamnée en 2012 pour une violation sur la base du même article notamment parce que la vulnérabilité des enfants et les conditions de vie en rétention administrative engendrent « une situation de stress et d'angoisse et avoir des conséquences particulièrement traumatisantes sur leur psychisme »³⁹³. Plus récemment, la présente Cour a condamné la France le 12 juillet 2016 par cinq arrêts relatifs à la rétention de mineurs accompagnés de leur parents³⁹⁴. La Cour n'interdit pas encore le principe de la rétention administrative des mineurs accompagnés de leur famille, mais elle l'encadre strictement afin que cette rétention ne constitue pas une violation des articles 3, 5 et 8 de la Convention EDH. Surtout, la Cour opère une vérification des éléments de l'environnement de l'enfant placé en rétention administrative et alimente le faisceau d'indice pour conclure à une violation de la Convention. Par exemple, elle a mentionné à plusieurs reprises la présence de « policiers armés en uniforme »³⁹⁵ comme un élément ajoutant au stress et à l'angoisse de l'enfant. La présence de ces policiers est un élément presque inhérent à la rétention administrative puisqu'il s'agit avant tout d'une mesure de privation de liberté. La récente condamnation de l'État français dans l'affaire *Moustabi c. France* pour violation des articles 3 et 5 paragraphe premier est l'exposé de la jurisprudence classique de la Cour. Toutefois, la Cour reconnaît une violation de l'article 5 paragraphe quatrième de la Convention EDH en raison de l'illégalité du placement en rétention administrative celui-ci n'étant plus autorisé par le droit français.

L'article 28 de la loi du 10 septembre 2018³⁹⁶ est venu clarifier la situation des MNA à l'égard du régime de la rétention administrative. La rétention administrative des MNA d'un étranger adulte est interdite et cette interdiction est introduite dans l'article L 551-1 du CESEDA. Si le placement en rétention administrative n'était pas interdit par la loi du 7 mars 2016 puisqu'elle ne traitait que des mineurs accompagnés d'un étranger adulte, la nouvelle loi pose l'interdiction explicite de la rétention administrative des MNA. Malgré cette récente interdiction, le placement en rétention administrative de MNA n'est pas encore exclu de la pratique.

2. *Le contournement de l'interdiction de placement en rétention administrative*

Il a été compris que l'interdiction de la rétention administrative des MNA est une avancée majeure dans la protection de ces jeunes particulièrement vulnérables. Cette interdiction est une conséquence évidente des condamnations de la France pour violation de l'article 3 de la Convention EDH. L'enfermement des enfants accompagnés de leur famille étant lui-même condamné et grandement critiqué, l'enfermement de MNA est d'autant plus choquant pour la Nation mère de la DDHC. Néanmoins, les objectifs en matière de politique migratoire participent d'avantage à la gestion de l'immigration irrégulière qu'à l'augmentation de la protection des personnes arrivants sur le territoire par voie irrégulière. Il ne convient pas dans ce travail d'étudier la politique migratoire de l'Union européenne et de celle de la France. La priorité donnée à la gestion de l'immigration irrégulière est cependant connue. Les MNA arrivés par le chemin de l'irrégularité sont vus comme des personnes en situation irrégulière jusqu'à ce que leur minorité soit prouvée. Une fois la minorité prouvée, les engagements conventionnels de la France lui interdisent de ne pas prendre en charge le mineur. La majorité permet le placement en rétention administrative et l'éloignement. La contestation de la minorité permet ce placement le temps que la minorité soit prouvée. Le risque de fuite est négligeable puisque le mineur cherche à obtenir la protection spécifique accordée aux mineurs et les procédures d'évaluation et de détermination d'âge sont connues. Ils savent et ont été prévenus qu'il s'agit d'une étape à franchir nécessaire à l'accord de leur protection. Les MNA ne semblent pas remplir la condition d'un risque de fuite permettant de les placer en rétention administrative. Le placement en rétention administrative d'une personne non accompagnée sur laquelle le doute quant à sa majorité subsiste

³⁹² *Ibid.*, §86.

³⁹³ CEDH, *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, §§102 et 103.

³⁹⁴ CEDH, *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, 12 juillet 2016 ; CEDH, *A.M. et autres c. France*, n° 24587/12, 12 juillet 2016 ; CEDH, *R.C. et V.C. c. France*, n° 76491/14, 12 juillet 2016 ; CEDH, *R.K. et autres c. France*, n° 68264/14, 12 juillet 2016.

³⁹⁵ CEDH, *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, 12 juillet 2016, §113 ; CEDH, *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, §102.

³⁹⁶ Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, n° 2018-778, NOR: INTX1801788L, 10 septembre 2018.

entraîne la possibilité de placer un MNA en rétention administrative. Or, cette pratique est interdite, la présomption de minorité devrait amener *a minima* à interdire l'enfermement du supposé mineur le temps de la détermination de son âge estimé. Seulement dans ce cas, la pratique ne serait pas illégale ni contraire à la protection internationale et européenne des droits fondamentaux des MNA. Le placement en rétention d'un individu qui est par la suite reconnu mineur n'est pas rare³⁹⁷. La clarification législative est nécessaire afin de respecter les Conventions signées et ratifiées par la France. De plus, le décret d'application de la loi du 10 septembre 2018, interdisant le placement en rétention administrative d'un MNA, date du 27 février 2019³⁹⁸ et a fait entrer en vigueur les dispositions de la nouvelle loi le 1 mars 2019. Les pratiques actuelles de placement en rétention administrative de MNA sont illégales autant qu'inConventionnelles.

Le respect de la présomption de validité des documents d'état civil peut également être un obstacle légal au placement en rétention administrative des MNA. Le temps de vérification de l'absence de fraude à l'identité ou à l'âge, la personne se déclarant mineure ne devrait pas être placée en rétention administrative au risque d'enfermer un mineur. Une nouvelle fois la formule de Voltaire, philosophe des Lumières, prend tout son sens, en effet « il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent »³⁹⁹. En l'espèce, l'enfermement d'un MNA n'ayant pas fraudé constitue une privation de liberté sans commission d'acte illicite. Cet enfermement est une privation de liberté à visée préventive à l'image d'une détention provisoire sur la base de soupçon de fraude de la part d'un enfant d'une particulière vulnérabilité. La fraude à l'identité constitue, en France, une infraction d'usurpation d'identité punie à l'article 226-4-1 du Code pénal. La clarté de cet article a été interrogée à travers une question prioritaire de constitutionnalité que la Cour de cassation⁴⁰⁰ a jugé ne pas avoir lieu de la transmettre au conseil constitutionnel. La Cour a en particulier déclaré que « le texte critiqué définit de manière suffisamment précise les agissements qu'il réprime pour exclure l'arbitraire, compte tenu du pouvoir d'appréciation reconnu aux juridictions pénales, chargées d'apprécier si les situations de fait poursuivies devant elles revêtent ou non un caractère répréhensible ». Les poursuites d'un MNA pour usurpation d'identité sont ouvertes et utilisées. Elles se couplent à celles pour fraude sociale ou escroquerie. Des personnes déclarées mineures dont la contestation de la minorité est prouvée par les autorités sont condamnées à de lourdes peines avec privation de liberté⁴⁰¹. Cependant, il est à comprendre que certaines personnes se déclarent majeures pour accéder à la protection accordée par les visas dans un État membre alors qu'elles sont mineures et peuvent demander la protection accordée aux mineurs ensuite. Le fichier Visabio permet de déceler ces pratiques par mise en commun d'informations sur les visas contrôlant ainsi cette forme de fraude. La répression qui s'ensuit ne se préoccupe pas de connaître les circonstances amenant à frauder, à savoir, surtout pour les mineures, l'influence de réseaux de passeurs et d'immigration clandestine⁴⁰². Quoiqu'il en soit, le placement en rétention administrative lors de soupçon concernant tous type de fraude entraîne la privation de liberté d'une personne pouvant être réellement mineure. Le risque prit par les autorités de violer les engagements conventionnels peut sembler lointain dans la pratique. Les condamnations de la France sur la base de l'enfermement des mineurs sont toutefois réelles. Les dénonciations lors de l'examen périodique universel et les condamnations par la CEDH s'agissant de cet enfermement des mineurs annoncent leur multiplication si la pratique ne cesse pas. Malheureusement, la négation et la contestation de la minorité des personnes se déclarant MNA ne disparaîtra pas dans un système centralisé sur la lutte contre la fraude. Ainsi, l'encadrement des garanties pour pouvoir placer un mineur accompagné en rétention administrative, l'interdiction de placement en rétention administrative sur simple suspicion devient une nécessité afin de respecter les engagements français dans le domaine des droits fondamentaux.

Il convient de rappeler la situation à Mayotte où le rattachement arbitraire de MNA à des adultes non titulaire de l'autorité parentale ou d'un lien de responsabilité est pratique courante. Il n'est pas illégal,

³⁹⁷ P. S., « Nîmes : un mineur isolé libéré du centre de rétention administrative », France 3 (Occitanie) [en ligne], 24 février 2019 ; J., COLLIN, « Un jeune mineur guinéen placé au centre de rétention administrative de Oissel », *France Bleu Normandie (Seine-Maritime - Eure)* [en ligne], 2 mars 2019.

³⁹⁸ Décret pris pour l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives au séjour et à l'intégration des étrangers, n° 2019-141, 27 février 2019.

³⁹⁹ VOLTAIRE, *Zadig, ou la destinée*, Atramenta [en ligne], (1747) 4 septembre 2018, p. 19.

⁴⁰⁰ Cour de cassation, Crim., 20 juin 2018, pourvoi n° 18-90.012.

⁴⁰¹ Réseau éducation sans frontières, « Mineurs: des mois de prison pour avoir prétendument menti sur son âge! », *Médiapart* [en ligne], 5 octobre 2014.

⁴⁰² B., MAKOOI, « Que risque-t-on si on ment sur son âge pour se faire passer pour un mineur ? », *Infomigrants* [en ligne], 9 avril 2019.

mais peut être contraire aux droits protégés par la Convention EDH, de placer un mineur accompagné d'un adulte en rétention administrative. Le rattachement arbitraire permet le placement en rétention administrative de MNA en les considérant accompagnés. Le Défenseur des droits a dénoncé cette pratique et y a ajouté celle de la modification de la date de naissance d'un mineur lorsqu'il est en rétention afin de pouvoir l'éloigner⁴⁰³. Il a également déclaré qu'il s'oppose « par principe à la rétention des enfants, le Défenseur des droits recommande en outre que tout enfant arrivant en *kwassa-kwassa* fasse, durant le temps de ces vérifications, l'objet d'une mesure alternative à la rétention »⁴⁰⁴. Si la CNCDH dénonçait en 2017 cette pratique de rattachement, elle a aussi considéré que la pratique du placement en rétention administrative est « incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne peut être satisfait qu'en milieu ouvert avec les mesures d'accompagnement et de protection nécessaires »⁴⁰⁵. En outre, la durée de rétention administrative à Mayotte est largement inférieure à la moyenne métropolitaine⁴⁰⁶ qui ne fait qu'augmenter. Le caractère systématique du placement en rétention administrative entraîne l'automatisme d'une reconduite à la frontière dans les heures qui suivent. Cette rapidité pose question sur l'effectivité d'un recours devant un juge concernant ces mesures attentatoires des libertés individuelles.

Ainsi, les privations de liberté imposées aux enfants et notamment aux MNA sont aujourd'hui solidement relevées, prouvées, critiquées et condamnées. L'encadrement de ces pratiques est croissant sous la pression des condamnations de la CEDH et de la lutte des associations de défense des droits des personnes étrangères. Plus généralement, l'encadrement du droit des étrangers dans l'accès et le maintien sur le territoire, s'étoffe. Le respect des droits fondamentaux à la frontière est un enjeu crucial. Il ne doit plus s'agir d'une zone de non respect des procédures légales ainsi décrites à la frontière franco-italienne⁴⁰⁷ ou à Mayotte par exemple. Le contexte de résurgence d'actes terroristes sur le territoire français et européen ainsi qu'un afflux migratoire qualifié de « crise migratoire » sont utilisés comme prétexte au retour des contrôles sur les frontières extérieures des États appartenant à l'espace Schengen. Sa remise en cause politique récurrente ainsi que les inquiétudes de perte de souveraineté nationale conduisent à une affirmation forte de celle-ci par le contrôle des frontières et la pratique du refoulement. Si le MNA est un sujet de droit particulièrement protégé par les instruments légaux contre son refoulement à la frontière, son éloignement et son enfermement, les pratiques légales et illégales s'arrangent cependant du cadre de protection posé. L'accès et le maintien sur le territoire sont choses difficiles pour les MNA et le respect de leurs droits fondamentaux n'est pas une garantie. Une étude approfondie est nécessaire s'agissant de leur protection prévue en terme d'accueil et d'accès à leurs droits fondamentaux lorsque les MNA ont eu accès au territoire français.

⁴⁰³ Défenseur des droits, *Etablir Mayotte dans ses droits*, Défenseur des droits, Paris, 11 février 2020, p. 50.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁰⁵ CNCDH, *AVIS sur les droits des étrangers et droit d'asile dans les outremer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 septembre 2017, p. 28.

⁴⁰⁶ *Idid.*, p. 27 ; ANAFÉ, *Rapport de mission de l'ANAFÉ à Mayotte et à la Réunion en 2016 « 976 : Au-delà des frontières de la légalité »*, ANAFÉ, Paris, mars 2017, p. 19.

⁴⁰⁷ ANAFÉ, *Persona non grata : conséquences des politiques sécuritaires et migratoires. La frontière franco-italienne*, ANAFÉ, Paris, janvier 2019, p. 10.

Section 2. La protection du mineur non accompagné dans l'accueil et l'accès aux droits fondamentaux sur le territoire

Le chemin qu'entreprend un MNA voulant se voir accorder une protection par l'État français est périlleux. Lorsqu'il est accepté sur le territoire français, une étape est franchie, multiples autres s'ouvrent à lui. La question de sa prise en charge en raison de sa vulnérabilité est un parcours semé d'embûches. Il convient d'étudier le cadre juridique dédié à son accueil et son accompagnement sur le territoire (§1) et de réfléchir à son accès aux droits fondamentaux dont il peut jouir de l'exercice (§2).

§1. L'accueil et l'accompagnement du mineur non accompagné sur le territoire

Si les MNA demandeur de protection internationale représentent une faible proportion des MNA, ceux-ci bénéficient d'un encadrement spécifique en terme d'accueil (A). Cet encadrement est prévu par le droit dérivé obligeant l'État français à le transposer dans sa législation nationale et à l'appliquer. La prise en charge des MNA relève plus généralement de la compétence du département dans laquelle l'État interfère pour faire face à un afflux important de MNA (B).

A. L'accueil du mineur non accompagné demandeur de protection internationale encadré par le droit dérivé

Une fois sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, le MNA demandeur de protection internationale doit être accueilli sachant qu'il appartient à une catégorie de personne vulnérable (1). Les conditions matérielles d'accueil dont il peut bénéficier en France sont pourtant restreintes (2).

1. Le mineur non accompagné : un demandeur de protection internationale vulnérable

L'instrument central de la protection des réfugiés est la Convention de Genève de 1951. Cette Convention ne comporte pas d'exigence en matière de condition d'accueil des personnes demandant une protection internationale. L'article 78 paragraphe premier du TFUE confère la compétence à l'Union européenne pour développer « une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire ». Selon le second paragraphe dudit article alinéa f, le « système commun d'asile » comporte « des normes concernant les conditions d'accueil des demandeurs d'asile ou de protection subsidiaire ». Sur la base de cet article ont été adoptés la Directive « Accueil » révisée⁴⁰⁸ et la Directive « Procédure » révisée⁴⁰⁹ par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne le 26 juin 2013. La CJUE a exigé que l'octroi des conditions minimales d'accueil est une obligation pour les États membres, et ce, même lorsque ceux-ci ne sont pas déclarés responsables du traitement de la demande d'asile⁴¹⁰. Cette obligation n'est plus à la charge des États membres à partir du transfert du demandeur dans l'État responsable⁴¹¹.

Les Directives « Procédures » et « Accueil » ont pour champ d'application l'ensemble des personnes qui « présentent une demande de protection internationale sur le territoire d'un État membre, y compris à la frontière, dans les eaux territoriales ou les zones de transit, tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire en qualité de demandeurs, ainsi qu'aux membres de leur famille, s'ils sont couverts par cette demande de protection internationale conformément au droit national »⁴¹². Le MNA entre dans le champ d'application de ces directives lorsqu'il a introduit une demande de protection internationale dans un État membre de l'Union européenne. S'agissant de la Directive « Procédures », la directive

⁴⁰⁸ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte)*, 2013/33/UE, 26 juin 2013 notée par la suite Directive « Accueil ».

⁴⁰⁹ Directive « Procédures », 2013/32/UE, 26 juin 2013.

⁴¹⁰ CJUE, *Cimade et Gisti*, n° C-179/11, 27 septembre 2012, §50.

⁴¹¹ *Ibid.*, §58.

⁴¹² Directive « Accueil », article 3 §1 ; Directive « Procédures », article 3 §1.

d'origine a été adoptée le 1er décembre 2005 par le Conseil de l'Union européenne. La Directive « Procédures » vise à harmoniser les normes encadrant la procédure de demande de protection internationale. L'ancienne directive souhaitait prendre en compte la vulnérabilité spécifique des MNA au regard de son considérant 14 qui disposait « [qu'] il y a lieu, en outre, de fixer des garanties de procédure spécifiques pour les MNA, en raison de leur vulnérabilité ». Ce souhait est repris par la Directive « Procédures » révisée en son article 15 qui demande aux États membres d'apprécier la vulnérabilité des demandeurs de protection internationale lors d'un entretien personnel.

La transposition de la Directive « Procédures » en droit français par la loi du 29 juillet 2015⁴¹³ a entraîné la création des SPADA. Ces structures ont pour but de prendre en charge plus rapidement les personnes demandeurs d'asile ou bien celles qui veulent le demander. La rapidité est devenue un élément essentiel justifié par l'augmentation non négligeable de l'afflux de demandeurs d'asile en raison de conflits extérieurs. Aussi, le Conseil d'État a constaté par d'importantes décisions que la « carence des autorités publiques à prendre en compte les « besoins élémentaires des migrants » est de nature à les exposer à des traitements inhumains ou dégradants »⁴¹⁴. Le symbole de la carence dans l'action des autorités publiques a bien évidemment été la multiplication des camps de précarités ou de « camp de la honte »⁴¹⁵. Si leur nombre est important, il convient de citer le camp de la Lande de Calais, le camp de Grande-Synthe, le camp de la Chapelle etc. Afin d'acheminer les demandeurs de protection internationale vers les structures de premier accueil, le législateur a créé un « pré-accueil ». Les CAOMI sont des centres relevant du « préaccueil » permettant d'orienter les MNA vers les SPADA pour ceux qui souhaitent demander une protection internationale. Ils sont spécifiques aux MNA. Ils ont été mis en place par une circulaire de l'ancienne Garde des Sceaux, Ministre de la Justice du 1er novembre 2016⁴¹⁶ à la suite du démantèlement des camps de la région de Calais. Des associations sont chargées par l'OFII d'aider les demandeurs de protection internationale à rassembler les informations nécessaires pour faire leur demande et de fixer une date de convocation au GUDA⁴¹⁷. Le GUDA est une union des services de la Préfecture et de l'OFII où le MNA demandeur d'asile doit être informé des conditions d'accueil dont il peut bénéficier et doit recevoir une attestation de demande d'asile à son nom⁴¹⁸. Néanmoins, il est fréquent que les MNA soient orientés directement vers l'ASE lorsqu'ils arrivent dans les SPADA⁴¹⁹ afin qu'ils soient pris en charge par le régime de la protection de l'enfance de droit commun.

S'agissant de la Directive « Accueil », la directive d'origine a été adoptée le 27 janvier 2003 par le Conseil de l'Union européenne. L'unification des conditions d'accueils des candidats à la protection internationale a voulu palier une inégalité de celles-ci dans chaque État membre. L'article 2 paragraphe f de la Directive « Accueil » définit les conditions d'accueil par « l'ensemble des mesures prises par les États membres en faveur des demandeurs » conformément à ladite directive. La directive « Accueil » demande aux États membres que soit prise en compte lors de sa transposition la « situation particulière des personnes vulnérables »⁴²⁰ incluant dans cette catégorie les MNA. Une évaluation ne revenant pas à une procédure administrative doit être faite des besoins de personnes vulnérables comme les MNA⁴²¹. L'exigence de prise en compte de la situation des personnes ayant des besoins particuliers a été consacrée par la CJUE y ajoutant la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant⁴²². Selon l'article 24 de la Directive « Accueil », les MNA doivent pouvoir bénéficier d'un droit à la représentation dont il sera question dans la suite de ce travail, un droit à l'hébergement, d'une non-séparation des fratries et de l'investissement de l'État avec l'aide d'organisations internationales ou autres organisations compétentes

⁴¹³ Loi relative à la réforme du droit d'asile, n° 2015-925, NOR: INTX1412525L, 29 juillet 2015.

⁴¹⁴ T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §83 se référant à CE, 31 juillet 2017, n° 412125 et 412171, *Leb.* ; CE, 23 novembre 2015, n° 394540 et 394568, *Leb.* ; CE, ord., 27 juillet 2016, n° 400055, *Leb.* ; CE, 31 juillet 2017, n° 412125, *Leb.* ; CE, 8 novembre 2017, n° 406256, *Leb.*

⁴¹⁵ Expression tirée des propos de D. CARÈME, ancien maire de Grande-Synthe, suivants : « Tu sais, il y a eu le mur de la honte, il y a maintenant le camp de la honte [le camp la plaine du Basroch]. Chez nous, en France, ici à Grande-Synthe... » retranscrits par O., CAREMELLE et D., CARÈME (pref), *Par simple humanité. L'accueil des migrants à Grande-Synthe*, Les Éditions de l'Atelier/Les Éditions Ouvrières, Ivry-sur-Seine, 2020, p. 35.

⁴¹⁶ Circulaire relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais, NOR : JUSD1631761C, 1er novembre 2016.

⁴¹⁷ En ce sens, T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §83.

⁴¹⁸ CESEDA, article R741-4 alinéa 2 et 4.

⁴¹⁹ En ce sens, T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §91.

⁴²⁰ Directive « Accueil », article 21.

⁴²¹ *Ibid.*, article 22.

⁴²² CJUE, *Saciri et autres*, aff. C-79/13, 27 février 2014, §41.

à rechercher les membres de leurs familles lorsqu'il s'agit de l'intérêt des mineurs. Le devoir de recherche de la famille incombant à l'État membre traduit la volonté de respect de l'article 22 paragraphe second de la CDE. Les autres droits conférés aux MNA sont également prévus indirectement par la CDE. La transposition de la Directive « Accueil » en droit français par la loi du 29 juillet 2015 précitée a chargé l'OFII de procéder à l'entretien pour évaluer les besoins particuliers des personnes vulnérables selon l'article L 744-6 du CESEDA. Elle doit également, selon l'article L 741-3 et 4 du CESEDA, rechercher les membres de la famille des MNA ainsi qu'avertir le procureur de la République afin que sa représentation soit assurée par un administrateur *ad hoc*.

Ainsi la vulnérabilité particulière des MNA demandeurs de protection internationale est prise en compte par le droit dérivé de l'Union européenne qui encadre les conditions d'accueil de ces demandeurs. Des conditions d'accueil spécifiques aux MNA ont été dévolues par ce droit dérivé. Néanmoins, la mise sous condition de l'octroi des conditions matérielles d'accueil n'est pas différenciée selon les demandeurs de protection internationale majeurs et mineurs.

2. Le bénéfice restreint des conditions matérielles d'accueil

La Directive « Accueil » a pour objectif que les règles encadrant des conditions d'accueil des demandeurs d'asile « suffisent à leur garantir un niveau de vie digne et des conditions de vie comparables dans tous les États membres »⁴²³. Ladite directive définit par le paragraphe g de l'article 2 les conditions matérielles d'accueil comme celles « comprenant le logement, la nourriture et l'habillement, fournis en nature ou sous forme d'allocation financière ou de bons, ou en combinant ces trois formules, ainsi qu'une allocation journalière ». Le droit aux conditions matérielles d'accueil est opposable à partir du moment où la demande de protection internationale émanant d'un MNA demandeur d'asile est présentée aux autorités. En droit français, la loi du 29 juillet 2015 a établi qu'il revient à l'OFII de proposer les conditions matérielles d'accueil aux demandeurs de protection internationale selon l'article L 744-1 du CESEDA.

Le droit à bénéficier des conditions matérielles d'accueil n'est pas inconditionnel selon la Directive « Accueil ». Le demandeur de protection internationale doit ne pas disposer de moyens suffisants pour avoir un niveau de vie adapté à sa santé et pour pouvoir subsister⁴²⁴. Les conditions matérielles d'accueil peuvent alors s'adapter à son niveau de ressources⁴²⁵. Ces conditions peuvent toutefois être limitées ou retirées au regard des exigences d'assiduité, d'information et de suivi de la demande de protection internationale déposée⁴²⁶. L'article 20 de la Directive « Accueil » permet aux États membres de « limiter ou, dans des cas exceptionnels et dûment justifiés, retirer le bénéfice des conditions matérielles d'accueil lorsqu'un demandeur [...] abandonne le lieu de résidence fixé par l'autorité compétente sans en avoir informé ladite autorité ». La loi française du 10 septembre 2018⁴²⁷ a donné la compétence à l'OFII de refuser ou de retirer le droit aux conditions matérielles d'accueil d'un demandeur d'asile lorsqu'il refuse ou quitte le lieu d'hébergement qui lui a été conféré. Le dénommé « hébergement directif »⁴²⁸ ou système national d'accueil des demandeurs d'asile créé par la loi du 29 juillet 2015 et précisé par celle du 10 septembre 2018 permet de répartir les demandeurs d'asiles sur le territoire en fonction des capacités d'accueil des lieux d'hébergements. Désormais, si un demandeur d'asile refuse cet hébergement directif, il peut se voir refuser l'octroi des conditions matérielles d'accueil.

Aussi, il convient de noter que conformément aux paragraphes 3 et 4 de l'article 17 de la Directive « Accueil » permettant aux États membre de conditionner l'octroi des conditions matérielles d'accueil, un MNA ne peut percevoir l'ADA selon l'article D 744-18 du CESEDA. En effet, l'octroi de l'ADA est soumis à une condition d'âge car « pour bénéficier de l'allocation pour demandeur d'asile, les personnes [les demandeurs d'asile ayant acceptés les conditions matérielles d'accueil proposées par l'OFII titulaires

⁴²³ Directive « Accueil », alinéa 11.

⁴²⁴ Directive « Accueil », article 17 §3.

⁴²⁵ *Ibid.*, article 17 §4.

⁴²⁶ *Ibid.*, article 20.

⁴²⁷ Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, n° 2018-778, NOR: INTX1801788L, 10 septembre 2018, article 13.

⁴²⁸ En ce sens, T., FLEURY GRAFF et A., MARIE, Droit de l'asile, PUF, Paris, 2019, §104.

de l'attestation de demande d'asile] doivent être âgées de dix-huit ans révolus » selon l'article précité. Ainsi, les conditions matérielles d'accueil permettent une protection minimale de l'accueil des demandeurs de protection internationale. Une large marge d'appréciation accordée aux États membres permet à l'État français de réduire la portée des conditions matérielles d'accueil suivant les situations des bénéficiaires. En l'occurrence, le MNA demandeur de protection internationale ne se voit pas octroyer une prise en charge spécifique au regard des conditions matérielles d'accueil prévues par le droit de l'asile. Il semble que la prise en charge du MNA demandeur de protection internationale au regard du droit de l'asile ne permette pas le respect de l'article 20 de la CDE.

Si le traitement des MNA demandeurs d'asile n'est pas différencié des demandeurs d'asile adultes, les exigences spécifiques du droit de l'Union européenne à leur égard ont été transposées en droit français. La CEDH n'avait pas conclu à la violation de l'article 3 de la Convention EDH s'agissant du système antérieur à la transposition des directives. En effet, la carence étatique n'a pas été reconnue par la Cour dans l'affaire *N.T.P. et autres c. France*. Elle a précisé qu'elle apprécie une violation alléguée de l'article 3 de la Convention au regard de la gravité des mauvais traitements allégués⁴²⁹. Elle affirme néanmoins la différence d'appréciation au regard de la vulnérabilité d'un MNA où la Cour se montre plus sévère à l'instar de l'affaire *Rabimi c. Grèce*⁴³⁰. Malgré l'absence de distinction entre les demandes de protection internationale émanant d'un mineur et celles émanant d'un majeur au regard de la Convention de Genève, la Cour adopte une appréciation plus stricte à l'égard de l'accueil des MNA. Le MNA demandeur de protection internationale peut bénéficier des conditions matérielles d'accueil lorsqu'il respecte l'aspect relativement contraignant de leur octroi. La prise en charge de ces mineurs par le droit international des réfugiés et le droit dérivé de l'Union européenne ne semble pas entraîner le respect de l'exigence d'une aide spéciale de l'État. L'OFII oriente alors généralement au terme de l'évaluation de la vulnérabilité le MNA vers les services départementaux de prise en charge de l'enfance en danger.

B. L'État français et la prise en charge départementale des mineurs non accompagnés

Si la prise en charge des MNA relève en droit français de la compétence des départements (1), l'État français a récemment été reconnu responsable de l'omission de prise en charge d'un MNA (2). La condamnation internationale de la CEDH remet en cause l'effectivité du système de prise en charge de ces mineurs et interroge la répartition des compétences en la matière entre l'État et le département.

1. Un département fragilisé responsable de la prise en charge des mineurs non accompagnés

L'État français doit, en tant qu'État ayant signé et ratifié la CDE, apporter une protection et une aide spéciale aux MNA. L'article 22 paragraphe second de la CDE précise que l'enfant étranger non accompagné ne pouvant bénéficier du regroupement familial, car la recherche des membres de la famille a été vaine, doit bénéficier de la même protection et aide spéciales des MNA prévues à l'article 20 paragraphe premier de la CDE. Le second paragraphe de ce dernier article demande aux États parties de prévoir « une protection de remplacement ». Celle-ci doit être temporaire et peut se traduire selon le troisième paragraphe du même article notamment par le placement en famille et « en cas de nécessité » par le « placement dans un établissement pour enfants approprié »⁴³¹. Un MNA doit bénéficier d'une prise en charge spécifique se traduisant en particulier par un droit à l'hébergement.

En l'absence de statut juridique propre et de définition du MNA en droit français, celui-ci relève du régime de droit commun de la protection de l'enfance. Depuis les années 1980, la compétence en matière de protection de l'enfance revient aux départements à travers les services fournis par l'ASE. A travers les lois de décentralisation de 1982 et 1983 symbolisant l'acte I de la décentralisation la protection de l'enfance devient une compétence départementale. Si le département est une collectivité territoriale dont l'avenir n'est pas pérenne, la loi MAPTAM du 27 janvier 2014 l'a désigné « chef de

⁴²⁹ CEDH, *N.T.P et autres c. France*, n° 68862/13, 24 mai 2018, §42.

⁴³⁰ *Ibid.*, §44 et 46.

⁴³¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §§ 39-40.

file » en matière d'action sociale. Le département a conservé son bloc de compétences lié à la protection de l'enfance. L'article L 111-2 du CASF accorde le bénéfice de l'ASE aux personnes de nationalité étrangères. L'article L 221-2 alinéa second du CASF expose que le département organise l'accueil et l'hébergement des mineurs relevant du service de l'ASE. Si la prise en charge des MNA relève de la compétence des départements, les interventions étatiques dans le cadre de leurs compétences sont constantes.

Depuis 2007, le MNA relevant du régime de la protection de l'enfance en danger doit bénéficier d'un accueil provisoire d'urgence appelé la « mise à l'abri ». Il s'agit d'une intervention étatique dans la compétence des départements. En effet, l'article L. 223-2 du CASF permet que le MNA soit pris en charge durant une durée maximale de cinq jours par l'ASE. Cette « mise à l'abri » doit être mise en place par le président du conseil départemental du lieu où se trouve la personne se présentant comme MNA dès le premier jour de sa prise en charge selon l'article R. 221-11 du CASF. Durant cette période d'accueil provisoire d'urgence, la minorité et l'isolement du MNA, ou se présentant comme tel, sont évaluées par les services départementaux. Avant toute décision judiciaire se prononçant sur la minorité et l'isolement de la personne se déclarant être un MNA, le département a la charge de l'accueil provisoire d'urgence⁴³². Il s'agit non pas d'une faculté mais d'une obligation. Le juge des référés du Conseil d'État a rappelé dans une décision rendue le 25 janvier 2019⁴³³ que l'accueil des personnes se présentant en tant que MNA en situation de précarité est une obligation pour le département à laquelle ce dernier ne peut se soustraire. En l'espèce, un jeune malien sans abri se présentant en tant que MNA aux services de l'ASE s'est vu notifier une date d'entretien six semaines après qu'il se soit présenté à ces services pour obtenir protection. Le juge a démontré qu'une « carence fautive de la collectivité dans sa mission d'accueil et d'hébergement »⁴³⁴ conduit à « l'atteinte grave et manifestement illégale portée par le département à l'encontre d'une liberté fondamentale »⁴³⁵. Le Conseil d'État a reconnu par la décision *Fofana c. Ministre des solidarités et de la cohésion sociale* de 2012 que le droit à l'hébergement d'urgence est une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du Code de justice administrative⁴³⁶. Le juge des référés peut, depuis cette décision, ordonner des mesures nécessaires à la sauvegarde de cette liberté. La notification d'une date d'entretien dans un délai excessivement long sans prendre en charge le jeune se présentant comme MNA l'expose à un danger et constitue une atteinte à une liberté fondamentale.

A l'issue de la période de « mise à l'abri », si l'évaluation administrative de la minorité et de l'isolement est positive le procureur de la République saisi par le président du conseil départemental peut prononcer une ordonnance de placement provisoire sur le fondement des articles 375-3 et 375-5 du Code civil. Dans le cas d'une évaluation administrative négative, le procureur de la République prononce un classement sans suite. Le jeune pourra saisir le juge des enfants afin que sa situation soit réévaluée par l'autorité judiciaire pour que soit prononcée une mesure d'assistance éducative qui peut être une ordonnance de placement provisoire du jeune selon l'article 375-3 du Code civil. Si l'évaluation administrative n'a pu aboutir au terme de la période de « mise à l'abri », le procureur de la République doit prononcer une ordonnance de placement provisoire de huit jours afin que la situation du jeune soit clarifiée⁴³⁷. Si la situation n'est pas clarifiée au terme de ces huit jours, le juge des enfants doit prononcer le maintien du placement provisoire sur réquisition du procureur de la République jusqu'à ce que l'évaluation de la situation aboutisse. Cette procédure complexe montre que la personne se déclarant MNA ne doit pas être dépourvue de protection administrative ou judiciaire jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive soit donnée. Tant que l'ordonnance de placement d'un jeune n'est pas levée par le juge des enfants, le département doit prendre en charge ce jeune. L'ordonnance de placement comporte un caractère impératif qui ne faiblit pas en raison de la saturation du dispositif d'accueil du département⁴³⁸. Lorsque le placement judiciaire est prononcé « l'obligation particulière à la charge du

⁴³² CE, *Assemblée des départements de France*, 14 juin 2017, n° 402890, AJDA 2017 ; CE, ord. réf., 16 juin 2017, n° 411051.

⁴³³ CE, ord. réf., *M. A. c/ Conseil départemental d'Indre-et-Loire*, 25 janvier 2019, n° 427169, §5.

⁴³⁴ V., DOEBELIN, « La prise en charge des besoins vitaux d'un MNA en attente d'évaluation : une obligation pour les départements », *RDSS*, 2019, p. 518.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 519.

⁴³⁶ CE, ord. réf., *Fofana c/ Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*, 10 février 2012, n° 356456.

⁴³⁷ Circulaire interministérielle relative à la mobilisation des services de l'État auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels, NOR : JUSF1602101C, 25 janvier 2016, annexe 4.

⁴³⁸ CE, 27 juillet 2016, n° 400055, *Leb.*

département est absolue et non négociable »⁴³⁹. Aussi, l'article L 228-3 du CASF confère au conseil départemental la charge financière des dépenses d'entretien, d'éducation et de conduite des mineurs durant l'accueil provisoire d'urgence se prolongeant au delà de la période de mise à l'abri (2°) et à compter d'une ordonnance de placement provisoire prononcée par un magistrat (1°) sauf en cas de placement dans des établissements et services publics de la protection judiciaire de la jeunesse. Si l'État prends en charge financièrement le MNA durant la période de mise à l'abri de manière forfaitaire, il est aisé de comprendre l'enjeu économique de la rapidité de l'évaluation administrative de la situation du jeune. La compensation de l'État par le Fond National de Financement de la Protection de l'Enfance s'agissant de la période de mise à l'abri ne couvrirait seulement « 10,6 % des 155 millions d'euros engagés par les départements au titre de la phase d'évaluation et de mise à l'abri »⁴⁴⁰ en 2016. Si la compensation financière par remboursement aux départements a augmenté et a été réformée, elle reste très faible au regard du cout important de la prise en charge de ces mineurs⁴⁴¹. En effet, « en 2018, la participation de l'État n'a représenté au total que 7 % des dépenses engagées pour cette politique [de l'accueil et de l'accompagnement des MNA au titre de la protection de l'enfance] »⁴⁴². A l'issue de la période de mise à l'abri, la prise en charge financière revient aux départements. Si les juges de la Haute juridiction administrative ont pu reconnaître les difficultés financières et les efforts des départements en accordant une part considérable de leur budget à la prise en charge des MNA, leur responsabilité ne s'en trouve pas amoindrie⁴⁴³.

Si le département est une collectivité territoriale en déclassement, il souffre de sa compétence en matière de protection de l'enfance. En effet, les couts faiblement compensés de la prise en charge des MNA et la saturation des dispositifs d'accueil conduisent à la faillite de l'accueil des MNA par les départements. Ce « dispositif à bout de souffle »⁴⁴⁴ ne peut garantir de manière effective une aide et une protection spécifique aux MNA bien que l'État français y soit obligé. Si la carence fautive du département dans sa mission d'accueil et d'hébergement peut s'expliquer en raison des difficultés rencontrées par ceux-ci, l'État français se voit reconnaître une responsabilité pour son omission de prise en charge de ces individus.

2. La carence fautive de l'État français dans la prise en charge des mineurs non accompagnés

En raison d'un afflux plus important de MNA et des difficultés de leur prise en charge par des départements démunis, un phénomène d'errance est régulièrement dénoncé s'agissant de ces mineurs. Ce phénomène est symbolisé par les multiples « bidonvilles » formés sur le territoire français et plus particulièrement dans le département du Pas-de-Calais dans lesquels se trouve nombre de MNA en dehors de toute protection et prise en charge. Face à cette situation catastrophique l'État français se devait de palier les difficultés rencontrés par ce département s'agissant de la prise en charge des MNA. Lors du démantèlement de la Lande de Calais et la fermeture de structures d'accueil comme le centre d'accueil provisoire et le centre Jules Ferry, un « dispositif spécifique et exceptionnel »⁴⁴⁵ a été créé. Ce dispositif visait une mise à l'abri exceptionnelle des MNA dans des CAOMI. Cette création a été permise par le Conseil d'État qui a conféré à l'État une compétence exceptionnelle au titre de son pouvoir de police générale. Ladite compétence vise à garantir le « respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine »⁴⁴⁶ et « le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains ou dégradants »⁴⁴⁷. La Haute juridiction administrative a précisé que cette compétence « ne saurait avoir pour effet de dispenser le département de ses obligations en matière de prise en charge des mineurs confiés au service de l'ASE »⁴⁴⁸. La légalité de la circulaire qui a permis de

⁴³⁹ S., DEFIX, « Le rôle des départements dans la prise en charge des mineurs non accompagnés », *AJ Collectivités Territoriales*, 2018, p. 437.

⁴⁴⁰ E., DOINEAU, J.-P., GODEFROY, *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la prise en charge sociale des mineurs non accompagnés*, n° 598, 28 juin 2017, p. 41.

⁴⁴¹ Cf. Anexe n° « Estimation de la prise en charge de l'évaluation et de l'hébergement d'urgence »

⁴⁴² P., MOUILLER, *Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales (1) sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020, Tome VII : Solidarité, insertion et égalité des chances*, 21 novembre 2019, p. 53.

⁴⁴³ CE, ord. réf., 25 août 2017, n° 413549, considérant 7.

⁴⁴⁴ S., DEFIX, « Le rôle des départements dans la prise en charge des MNA », *AJ Collectivités Territoriales*, 2018, p. 434.

⁴⁴⁵ Ministre de la Justice, garde des sceaux, Circulaire relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais, NOR : JUSD1631761C, 1^{er} novembre 2016.

⁴⁴⁶ CE, *Département du Nord c. Badiaga*, 27 juill. 2016, n° 400055, *Leb.*, considérant n° 6.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

créer les CAOMI a été contrôlée et le Conseil d'État a ainsi consacré une réelle « compétence supplétive »⁴⁴⁹ de l'État « au nom de la dignité humaine »⁴⁵⁰. Les CAOMI ne relevant pas de la compétence des départements, le cadre légal de l'accueil et de la prise en charge au titre de la protection de l'enfance ne s'applique pas. C'était une création d'un dispositif dérogatoire au régime de la protection de l'enfance de droit commun. La saisine de l'autorité judiciaire à l'issue d'une période de mise à l'abri de cinq jours n'était plus automatique, le temps des évaluations et orientations des jeunes présents dans ces CAOMI s'était considérablement allongé. L'évaluation de la minorité et de l'isolement des jeunes présents dans les CAOMI par les services départementaux était entièrement financé par l'État. Puis la prise en charge dérogatoire dans les CAOMI prenait fin au départ du jeune vers le Royaume-Uni ou par son intégration au dispositif de droit commun de protection de l'enfance lorsque l'évaluation était positive⁴⁵¹. La protection des jeunes au sein des CAOMI était relativement occulte mais un « accompagnement à géométrie variable »⁴⁵² a été pointé par le Défenseur des droits. Si la volonté étatique de prendre en charge les MNA lorsque le département ne peut le faire était louable, leur sortie du régime commun de la protection de l'enfance était quant à elle regrettable. L'absence de statut juridique propre des MNA ne leur permettait pas de se voir protégés en dehors du régime commun de la protection de l'enfance. Le caractère provisoire des CAOMI s'est prolongé plusieurs mois induisant une pérennité de la prise en charge dérogatoire au dispositif protecteur de la protection de l'enfance. L'aide par le recouvrement des dépenses engagées par les départements dont les dispositifs de prises en charge sont saturés, n'était assurément pas l'objectif de l'État français alors même que les dépenses publiques engendrées par la création et le maintien de ces centres étaient importantes. Le soutien d'un système établi et fonctionnel semble une solution plus souhaitable que la multiplication de créations de systèmes dérogatoires venant agir dans l'urgence d'une situation génératrice de violations des droits fondamentaux.

Si l'État français semble avoir permis une prise en charge des MNA par la création des CAOMI, il s'est vu condamné par la CEDH en particulier sur l'omission de prise en charge d'un MNA en 2019⁴⁵³. En effet, un MNA ressortissant afghan a vécu six mois durant dans la lande de Calais jusqu'à son démantèlement en ne bénéficiant d'aucune prise en charge dans le cadre de l'urgence. La Cour déduit de l'absence de prise en charge d'urgence du mineur par les autorités, en dépit qu'il ait été ordonné un recensement des MNA, que les autorités n'avaient pas connaissance de la présence de ce mineur sur le territoire. Le placement ordonné par le juge des enfants ne fut pas exécuté avant et après le démantèlement de la lande et de sa « cabane ». Pour la Cour, cette absence d'exécution montre que les autorités n'ont pas « fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour répondre à l'obligation de prise en charge et de protection de ce [mineur], qui pesait sur l'État défendeur s'agissant d'un mineur isolé étranger en situation irrégulière âgé de douze ans, c'est-à-dire d'un individu relevant de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société »⁴⁵⁴. Par ce rappel de la vulnérabilité particulière des MNA, la Cour confirme sa jurisprudence *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011 mais également sa jurisprudence *N.T.P. et autres c. France* du 24 mai 2018. Le gouvernement français avait argué que les services de l'ASE n'avaient pu exécuter l'ordonnance de placement en raison de la non présentation du mineur aux services de l'ASE alors qu'il revenait à lui ou son encadrement (administrateur *ad hoc*, avocate, association) de le faire. La Cour rejette l'argument de l'État français et a estimé qu'il relevait « manifestement de la responsabilité » des autorités françaises de placer le requérant dans un foyer⁴⁵⁵. Si la Cour reconnaît les difficultés rencontrées dans la pratique de la prise en charge des MNA, elle a cependant conclu la violation de l'article 3 de la Convention EDH, le seuil de gravité requis ayant été atteint. Par cet arrêt, la Cour a condamné la carence fautive de l'État en matière de prise en charge d'un MNA même si elle a reconnu qu'ordonner le placement ne rendait pas les autorités « totalement inactives »⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ J., LESSI, « Mineurs isolés étrangers : étendue de la compétence de l'État », *AJDA*, 2016, p. 2115.

⁴⁵⁰ CE, 8 novembre 2017, requête n° 406256, Leb., considérant 5 cité par J-M, PASTOR, « Mineurs isolés : la compétence supplétive de l'État au nom de la dignité humaine », *Dalloz actualité* [en ligne], 14 novembre 2017.

⁴⁵¹ Ministère de la Justice, garde des sceaux, Circulaire relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais, NOR : JUSD1631761C, 1^{er} novembre 2016, point 3.

⁴⁵² Défenseur des droits, *Démantèlement des campements et prise en charge des exilés Calais – Stalingrad (Paris)*, Défenseur des droits, Paris, Décembre 2016, p. 44.

⁴⁵³ CEDH, *Khan c. France*, n° 12267/16, 28 février 2019.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, §93.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, §90.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, §91.

La création des CAOMI en 2016 à la suite des centres Sangate et Jules Ferry caractérise l'intervention de l'État par des actions ponctuelles, provisoires et dérogoires du régime de droit commun de la protection de l'enfance. Sans soutenir à hauteur des besoins générés par la prise en charge départementale, l'État se cantonne à régler des situations devenues outrageusement problématiques. Lorsque l'État français a justifié l'exécution de l'arrêt *Khan c. France*, il a estimé « qu'il existe un cadre législatif adapté de prise en charge des MNA, de même qu'une évolution favorable de la situation à Calais depuis que se sont déroulés les faits de l'affaire en cause »⁴⁵⁷. Il convient de reconnaître que la situation s'est améliorée mais la résolution d'urgence n'est pas convaincante et la prise en charge de MNA souffre manifestement de carences en France. Si les carences dans la prise en charge du MNA en terme d'accueil et d'accompagnement affaiblissent sa protection, le manque d'accès aux droits fondamentaux dont il doit bénéficier ne contribue pas non plus à son renfort.

§2. La problématique de l'accès aux droits fondamentaux du mineur non accompagné

Un mineur est un sujet de droit vulnérable en raison de son jeune âge. Il bénéficie de l'encadrement et de la représentation de ses intérêts par ses parents. En l'absence de ceux-ci, une protection de remplacement doit permettre de l'encadrer et de le représenter. Il est à observer que le faible encadrement du MNA (A) et sa décevante représentation (B) conduit à un manque d'accès à ses droits fondamentaux.

A. Le mineur non accompagné : un mineur faiblement encadré

L'encadrement du mineur résulte de sa prise en charge. En raison de sa vulnérabilité et de son jeune âge il est difficile de considérer que le MNA doit, de lui-même, faire les démarches pour avoir accès à l'éducation et à la santé. Dénué de titulaire de l'autorité parentale, le MNA peut se retrouver esseulé lorsque celui-ci n'est pas pris en charge par les autorités. Lorsqu'il bénéficie d'une prise en charge, ce mineur devrait avoir un accès à l'éducation et à la santé. Il convient de constater un recours au droit à l'éducation (1) et au droit à la santé (2) qui n'est pas toujours facilité sur le territoire français pour ce mineur.

1. Le manque de recours au droit à l'éducation

La lecture combinée des articles 2 et 28 de la CDE octroie aux mineurs étrangers un droit à l'éducation dans le respect du principe de non-discrimination. D'après le comité des droits de l'enfant, un MNA « doit avoir pleinement accès à l'éducation dans le pays dans lequel il est entré »⁴⁵⁸. Il a demandé que soit opéré au plus vite l'enregistrement des MNA afin qu'ils puissent « bénéficier d'une assistance visant à maximiser leurs possibilités d'apprentissage »⁴⁵⁹. Il a également précisé que les MNA doivent pouvoir « suivre une formation ou un enseignement technique ou professionnel, et des possibilités d'apprentissage ou d'éducation et des programmes d'apprentissage préprimaire devraient être offerts aux enfants en bas âge ». Ce droit à l'éducation des mineurs étrangers est également protégé par la lecture combinée de l'article 14 de la Convention EDH (principe de non-discrimination) et l'article 2 de son protocole additionnel premier conférant un droit à l'instruction dont le droit à l'éducation fait partie intégrante. L'accès à l'éducation est garanti par l'article 14 de la directive « Accueil » s'agissant des mineurs ayant introduit une demande de protection internationale. La scolarisation de ces derniers doit intervenir et être facilitée dans un délai de trois mois à compter de l'introduction de la demande.

⁴⁵⁷ Secrétariat du comité des ministres du Conseil de l'Europe, Communication de la France concernant l'affaire *Khan c. France* (Requête n° 12267/16), DH-DD(2019)1476, 12 décembre 2019, §37.

⁴⁵⁸ Comité des droits de l'enfant (2005), Observation générale n° 6 (2005), Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §41.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, §42.

En droit français, le droit à l'éducation pour tous les enfants est garanti par le préambule de la Constitution en date du 27 octobre 1946. Il se traduit par un accès à la scolarisation obligatoire pour les enfants de moins de seize ans sans condition de nationalité dans le respect du principe de non-discrimination. En effet, l'article L 111-1 cinquième alinéa du Code de l'éducation garantit un droit à l'éducation à chacun. L'article L 131-1 du même Code dispose que « l'instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans ». La scolarisation des mineurs étrangers a également fait l'objet de précisions par la circulaire de 2012 relative à l'organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés. Elle a rappelé l'absence de condition relative à la nationalité, le statut migratoire ou le parcours antérieur pour jouir du droit à l'éducation⁴⁶⁰. Dans la circulaire de 2016⁴⁶¹ visant précisément les MNA, il est affirmé que le bénéfice du droit à l'éducation ne dépend pas de la situation administrative du jeune. Selon l'article L 122-2 du Code de l'éducation, au delà de la seizième année un mineur conserve son droit à l'éducation mais sa scolarisation n'est plus obligatoire. La circulaire de 2016 traitant spécifiquement des MNA rappelle que ces mineurs âgés de seize à dix-huit ans doivent pouvoir bénéficier du droit à l'éducation par la possibilité leur scolarisation quelque soit leur niveau scolaire et de maîtrise de la langue française⁴⁶². Le droit à l'éducation est inconditionnel et absolu pour tous les MNA présents sur le territoire français.

Néanmoins, le Défenseur des droits a constaté « que les structures éducatives peinent en France à s'adapter à la réalité complexe des migrations et de l'itinérance »⁴⁶³ et que les refus de scolarisation des MNA se sont poursuivis⁴⁶⁴. La CNCDH a dénoncé en 2014⁴⁶⁵ que lors d'un accueil provisoire d'urgence les démarches de scolarisation n'étaient que trop rarement mises en oeuvre. Il convient également de relever qu'en 2016 le Défenseur des droits a réitéré « sa recommandation selon laquelle des mesures doivent être prises par les conseils départementaux afin d'assurer un accès effectif à une scolarité ou à une formation professionnelle, y compris après 16 ans, à tous les MNA dont ils ont la charge »⁴⁶⁶. Pourtant, si le maire refuse de procéder à la scolarisation d'un jeune de moins de seize ans, le préfet départemental en tant que représentant de l'État doit s'en charger en vertu de l'article L 2122-34 du Code général des collectivités territoriales et en vertu de l'annexe 6 de la circulaire du 25 janvier 2016. Lorsque le refus de scolarisation est opposé à un MNA, le juge administratif peut contraindre par injonction le président du conseil départemental à procéder à la scolarisation du mineur⁴⁶⁷. Le refus de scolarisation d'un MNA constitue une violation de son droit à l'éducation.

La prise en charge par l'ASE d'un MNA doit permettre un soutien éducatif se traduisant par sa scolarisation ou sa formation. En effet, le soutien éducatif est une mission de l'ASE édictée par l'article L 221-1 paragraphe premier du CASF. Cette mission éducative s'agissant des MNA âgé de plus de seize ans s'est améliorée par l'article 15 de la loi du 14 mars 2016. Il y est inclus un entretien mené par le président du conseil départemental avec tout mineur accueilli un an avant sa majorité afin que puisse être envisagées les conditions de son accompagnement vers majorité. Aussi, l'article 21 de ladite loi confère le rôle de garant de la construction d'un projet pour l'enfant au président du conseil départemental. Eu égard les carences départementale et étatique de la prise en charge des MNA présentée précédemment, il convient de douter de leur véritable accès au droit à l'éducation. Enfin, la scolarisation étant une obligation pour les mineurs de moins de seize ans et un droit pour les mineurs de plus de seize ans, le majeur n'a pas accès, de droit, à la scolarisation. La mauvaise évaluation et détermination de l'âge peut donc priver un mineur de son droit à l'éducation ou le priver d'une scolarisation obligatoire. Cependant, les doutes concernant l'âge du mineur pouvant l'exclure de la prise

⁴⁶⁰ J.-M., BLANQUER, Circulaire relative à l'organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés, n° 2012-141, NOR : REDE1236612C, 2 octobre 2012.

⁴⁶¹ Circulaire interministérielle relative à la mobilisation des services de l'État auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels, NOR : JUSF1602101C, 25 janvier 2016, p. 4.

⁴⁶² *Ibid.*, annexe 6, p. 15.

⁴⁶³ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2018*, Défenseur des droits, Paris, mars 2019, p. 39.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, se référant à Défenseur des droits, *Décision relative à un refus de scolarisation opposé par une mairie à des enfants roms*, n° 2018-005, 25 janvier 2018 ; Défenseur des droits, *Décision relative à un refus de scolarisation opposé par une mairie pour une famille hébergée par une association*, n° 2018-011, 30 mars 2018 ; Défenseur des droits, *Décision relative au refus de scolarisation d'un enfant au sein d'une école maternelle opposé par le maire au motif qu'une procédure d'expulsion du squat dans lequel il était domicilié avec sa famille était en cours*, n° 2018-221, 12 octobre 2018.

⁴⁶⁵ CNCDH, avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national, 26 juin 2014, §51 cité par P, MURAT (dir), *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz, Dalloz Action, 8ème édition, 13 novembre 2019, §243.262.

⁴⁶⁶ Défenseur des droits, *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers en France*, Défenseur des droits, Paris, mai 2016, p. 288.

⁴⁶⁷ TA Poitiers, Ord. Réf., 12 juill. 2016, n° 1601537.

en charge de l'ASE, ne doivent pas entraver son affectation à un établissement scolaire⁴⁶⁸. Il est considéré que l'entrave à l'accès à l'instruction d'un MNA constitue une simple atteinte⁴⁶⁹ ou une « atteinte grave et manifestation illégale »⁴⁷⁰ à cette liberté fondamentale. Les MNA arrivant majoritairement entre 15 et 18 ans et les évaluations n'étant pas toujours fiables, la reconnaissance de leur minorité est longue et incertaine. Le jeune considéré majeur ne jouit pas de l'effectivité de son droit à l'éducation durant cette période. Une fois reconnu mineur, il peut, de droit, pleinement en bénéficier. Mais en pratique, le temps pour le scolariser étant trop court, il en résulte l'absence de scolarisation.

Si le droit à l'éducation est un droit fondamental protégé aux échelons international et national, l'accès à ce droit dans la pratique n'est cependant pas satisfaisant. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un refus de scolarisation, la prise en charge carencée des MNA et les difficultés rencontrées par l'évaluation de la minorité, entraîne un manque d'accès au droit à l'éducation pour les MNA. Il convient d'analyser si les causes précitées entraînent un manque d'accès au droit à la santé de ces mineurs.

2. Le manque de recours au droit à la santé

Selon la Constitution de l'OMS⁴⁷¹, entrée en vigueur le 7 avril 1948, « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain ». Le droit à la santé est consacré par de nombreux instruments de protection des droits fondamentaux. L'article 24 paragraphe premier de la CDE dispose que « les États parties reconnaissent le droit de l'enfant de jouir du meilleur état de santé possible et de bénéficier de services médicaux et de rééducation. Ils s'efforcent de garantir qu'aucun enfant ne soit privé du droit d'avoir accès à ces services ». Si le droit à la santé n'est pas consacré par la Convention EDH, il se trouve en particulier protégé par l'article 25 paragraphe premier de la DUDH, l'article 12 du PIDESC et l'article 11 de la CSE. Il convient de préciser que l'accès au droit à la santé se trouve limité par l'accès à une protection sociale. L'article 26 paragraphe premier de la CDE impose aux États parties de permettre l'accès à cette protection sociale. L'article 26 paragraphe premier de la CDE dispose effectivement que « les États parties reconnaissent à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, et prennent les mesures nécessaires pour assurer la pleine réalisation de ce droit en conformité avec leur législation nationale ». S'agissant des MNA, le comité des droits de l'enfant ordonne que les « États parties sont tenus de veiller à ce que les enfants non accompagnés ou séparés bénéficient du même accès aux soins de santé que les enfants ressortissants »⁴⁷². Il appelle également les États parties à « une prévenance et une attention spéciales dans leur prise en charge et leur réadaptation » des MNA en raison de leur particulière vulnérabilité. Au delà de la vulnérabilité reconnue des MNA, il s'agit en matière de santé d'ajouter les difficultés rencontrées durant leur parcours migratoire détériorant leur santé physique et mentale. L'accès aux soins est garanti par l'article 17 paragraphe second et l'article 19 de la directive « Accueil » s'agissant des demandeurs de protection internationale.

En droit français, l'accès à une protection sociale est différent selon que le MNA soit pris en charge par les services de l'ASE ou de la PJJ ou qu'il ne le soit pas. D'une part, lorsque le MNA est pris en charge par l'ASE ou la PJJ, il a accès à la protection universelle maladie⁴⁷³ et à la CMU complémentaire. A la lecture de la circulaire du 8 septembre 2011, un MNA peut être éligible à la CMU complémentaire à la condition qu'il soit pris en charge par l'ASE⁴⁷⁴. Permettre l'accès à la protection sociale des MNA est une mission de l'ASE relevant du soutien psychologique prévu à l'article L 221-1 alinéa premier du CASF. D'autre part, lorsque le MNA n'est pas pris en charge par l'ASE ou la PJJ, il peut bénéficier de l'AME prévue aux articles L 251-1 et suivants. D'après ces articles, les étrangers qui ne satisfont pas les conditions de régularité du séjour peuvent bénéficier de l'AME. De plus, il est prévu expressément par

⁴⁶⁸ TA Paris, 30 janvier 2018, n° 1618862/1-2, considérant 4.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, considérant 3.

⁴⁷⁰ TA Poitiers, ord. réf., 12 juillet 2016, n° 1601537, considérant 8.

⁴⁷¹ Conférence internationale de la Santé, Constitution de l'organisation mondiale de la santé, 22 juillet 1946, p. 1.

⁴⁷² Comité des droits de l'enfant (2005), Observation générale n° 6 (2005), Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §46.

⁴⁷³ La protection universelle maladie remplace la CMU selon l'article 59 de la loi n° 2015-1702 de financement de la sécurité sociale pour 2016 du 21 décembre 2015, à laquelle les MNA sont éligibles.

⁴⁷⁴ Direction de la sécurité sociale, Circulaire relative à des points particuliers de la réglementation de l'aide médicale de l'État, notamment la situation familiale et la composition du foyer (statut des mineurs), n° DSS/2A/2011/351, NOR : ETSS1124699C, 8 septembre 2011, p. 5.

la circulaire de la direction de la sécurité sociale du 8 septembre 2011 que les MNA peuvent en bénéficier⁴⁷⁵. Les MNA sont considérés comme des étrangers en situation irrégulière alors même qu'il a été prouvé dans ce travail que l'irrégularité du séjour des mineurs n'est pas possible. Outre cette incohérence du droit français, il convient de reconnaître que la protection des étrangers mineurs et majeurs à travers l'AME est la même. Les MNA qui ne sont pas encore pris en charge par l'ASE ou la PJJ c'est-à-dire les mineurs pour lesquels des doutes subsistent sur leur minorité se voient octroyer la même protection qu'un majeur en terme de couverture sociale. La protection et l'aide spéciales de l'État s'agissant de la couverture sociale conditionnant l'accès au droit à la santé des MNA en l'attente de prise en charge ne semble pas être distinguée de celle pour un majeur contrevenant au respect de l'article 20 de la CDE. Si l'accès à cette couverture sociale ne témoigne pas d'un engagement de l'État français à offrir une protection et une aide spéciales aux MNA, la question du conditionnement de l'accès à l'AME à une durée minimale de résidence ininterrompue de trois mois sur le territoire national a été posée. Restreindre l'accès à l'AME à travers cette condition a été interdit par le Comité européen des droits sociaux ainsi que par le Conseil d'État. Lorsque le Comité européen des droits sociaux a considéré qu'une telle restriction constituait une violation de l'article 17 de la CSE en 2004⁴⁷⁶, les juges du Conseil d'État l'ont jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 paragraphe premier CDE) en 2006⁴⁷⁷.

La dualité des dispositifs de couverture sociale pour les étrangers a été dénoncée par le Défenseur des droits en 2016 puisqu'il ne leur facilite pas l'accès à cette couverture entraînant des difficultés d'accès aux soins⁴⁷⁸. Il a exhorté une reconsidération de cette dualité. S'agissant des MNA pris en charge dans le cadre de l'accueil provisoire d'urgence et lors de l'évaluation, le Défenseur des droits a recommandé un bilan de santé systématique afin d'identifier les « pathologies graves, urgentes, contagieuses »⁴⁷⁹. Il a demandé une prise en compte de « la question des besoins en soins de santé mentale, notamment au moment de la préparation du projet pour l'enfant »⁴⁸⁰. Ensuite, il a renforcé sa position en recommandant à un département « d'orienter les jeunes migrants, dès leur mise à l'abri d'urgence, vers la réalisation des examens de santé, particulièrement importants du fait des conditions extrêmes de migration et de survie auxquelles la plupart d'entre eux ont été confrontés, ainsi que de l'impact de ces conditions sur leur état de santé physique et psychique »⁴⁸¹. Enfin, le Défenseur des droits a constaté en 2018 des refus de soins à caractère discriminatoire envers les personnes bénéficiaires d'une couverture sociale (CMU complémentaire, de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS) et de l'AME)⁴⁸². Malgré le bénéfice d'une couverture sociale, l'accès aux soins des MNA n'est pas effectif de manière certaine.

Ainsi, il convient de reconnaître qu'en droit français l'accès au droit à la santé des MNA est garanti indépendamment de sa prise en charge. Néanmoins, les mineurs ne bénéficient pas d'une protection spécifiques à leur minorité lorsqu'ils ne sont pas pris en charge par l'ASE ou la PJJ. La caractéristique d'étranger inhérente à la définition du MNA prime sur celle de la minorité. En tant qu'étranger, le MNA jouit de l'accès au droit à la santé prévu par le droit des étrangers tant qu'il n'est pas reconnu mineur et plus particulièrement tant qu'il n'est pas pris en charge. Tous les MNA n'ont pas un accès égalitaire au droit à la santé. Une nouvelle fois, l'importance d'une prise en charge est soulignée. Celle-ci conditionne un meilleur accès au droit à l'éducation et au droit à la santé. La problématique de l'accès au droit à la santé pour ces mineurs touche également à son troisième élément de définition qu'est son isolement. En raison de sa minorité, le MNA ne peut donner lui-même son consentement aux actes médicaux. Étant isolé, son représentant légal ne peut non plus le donner à sa place. En dehors des cas dans lesquels « le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure »⁴⁸³, les refus de soins opposés aux MNA n'ayant pas de représentants légaux constituent une

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, Réclamation n°14/2003, 8 septembre 2004, §§33 à 37.

⁴⁷⁷ CE, 7 juin 2006, n° 285576, *Leb.*, considérant 15.

⁴⁷⁸ Défenseur des droits, *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers en France*, Défenseur des droits, Paris, mai 2016, p. 196.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 274.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pp. 274-275.

⁴⁸¹ Défenseur des droits, *Décision relative à la situation de mineurs isolés étrangers*, n° 2016-183, 21 juill. 2016, p. 6 citée par P. MURAT (dir), *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz, Dalloz Action, 8ème édition, 13 novembre 2019, §243.272.

⁴⁸² Défenseur des droits, *Décision cadre relative aux discriminations à l'égard des bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME sur les plateformes de prise de rendez-vous en ligne*, n° 2018-269, 22 novembre 2018.

⁴⁸³ Code de la Santé Publique, article L. 1111-5 alinéa premier.

problématique importante dans leur accès aux soins⁴⁸⁴. Il convient d'étudier la question de la représentation des MNA.

B. Le mineur non accompagné : un mineur incorrectement représenté

La notion du MNA repose sur l'isolement et la minorité. Le premier élément de définition entraîne un manque d'encadrement que la représentation a pour fonction de remplacer (1). Le second élément de définition entraîne une incapacité juridique que la représentation a pour but de garantir. Néanmoins, il doit être envisagé un manque d'accès aux procédures administratives et juridictionnelles du MNA contre lequel le système de représentation français semble insuffisant (2).

1. La représentation du mineur non accompagné face à son isolement

Les articles 20 paragraphe premier et 18 paragraphe second de la CDE obligent les États parties à « prendre les mesures nécessaires pour assurer la bonne représentation de tout enfant non accompagné ou séparé, dans le souci de son intérêt supérieur »⁴⁸⁵. Est entendu, comme représentant par le comité des droits de l'enfant, un tuteur ou un conseiller qui doit représenter le MNA jusqu'à sa majorité ou son départ du territoire. Le comité est relativement précis s'agissant du rôle du représentant et plus particulièrement du tuteur⁴⁸⁶. Ce dernier doit participer à toute prise de décision pour le MNA, il est le garant de la satisfaction de ses besoins juridiques, sociaux, sanitaires, psychologiques, matériels et éducatifs. Le tuteur a un rôle d'intermédiaire entre l'enfant et les organismes prenant des décisions à son sujet. Il est le représentant de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il doit être idéalement un proche n'ayant pas d'intérêt contraire avec l'enfant, son aptitude à l'accompagner doit être précisément évaluée s'il n'est pas un proche de l'enfant. Lorsque le MNA est impliqué dans une procédure administrative ou judiciaire, celui-ci doit bénéficier de l'accompagnement d'un tuteur ou d'un conseiller mais également d'une représentation légale. Le comité prévoit que l'opinion du MNA soit prise en considération dans les décisions prises sur sa tutelle et sa représentation légale. Il prévoit également les cas d'urgence où la représentation individualisée est difficile dans lesquels il enjoint les États parties et les organisations défenseurs des enfants à protéger les MNA. La Convention EDH et la CDFUE ne protègent pas spécifiquement la représentation du MNA mais garantissent le droit à la représentation légale à travers les droits à la défense⁴⁸⁷. En 2016, le Conseil de l'Europe a préconisé aux États parties que « les enfants non accompagnés ou séparés, de même que ceux dont l'âge est contesté, devraient être placés sous la protection d'un tuteur le plus tôt possible »⁴⁸⁸. Il précisait que « les risques de disparition ou de vulnérabilité à certaines pratiques comme l'exploitation sexuelle sont plus élevés chez les enfants qui se retrouvent sans tuteur ni prise en charge adaptée ». La résolution 1810 adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 15 avril 2011 prévoit que les MNA demandant une protection internationale doivent bénéficier d'un tuteur et d'un représentant légal durant les procédures et pour l'organisation de leur retour⁴⁸⁹. Le droit à la représentation des MNA ayant introduit une demande de protection internationale est protégé à travers l'ensemble des directives composantes du RAEC. Les directives « Accueil », « Procédures » et « Qualification » demandent aux États membres que soit désigné un représentant aux MNA afin qu'ils puissent jouir des droits et respecter les obligations prévues par les directives précitées et que leurs besoins soient pris en considération⁴⁹⁰. La notion de représentant légal peut s'entendre comme celle qui « recouvre toute personne dont le rôle est d'accompagner le mineur dans les différentes démarches qu'il doit accomplir auprès des autorités

⁴⁸⁴ En ce sens, P, MURAT (dir), *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz, Dalloz Action, 8ème édition, 13 novembre 2019, §243.272.

⁴⁸⁵ Comité des droits de l'enfant (2005), Observation générale n° 6 (2005), Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005, §33.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, §§33 à 38.

⁴⁸⁷ CDFUE, article 47 §2 ; Convention EDH, article 6 §3. c.

⁴⁸⁸ Conseil de l'Europe, Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés préparé par le Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés, Documents d'information SG/Inf.(2017)13, 10 mars 2017, III.

⁴⁸⁹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution n° 1810 (2011) relative aux problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, 15 avril 2011, §§5. 8 et 5. 15.

⁴⁹⁰ Directive « Accueil », article 24 §1 ; Directive « Procédures », article 25 §1. a. ; Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, 2011/95/UE, 13 décembre 2011, article 31.

nationales »⁴⁹¹. Le représentant légal se différencie du tuteur qui a une mission d'accompagnement générale du MNA et non pas celle d'un accompagnement exclusivement juridique. Le tuteur peut néanmoins être le représentant légal du MNA et se définir comme « une personne nommée ou désignée pour soutenir, assister et, si la loi le prévoit, représenter un enfant non accompagné ou séparé dans les procédures le concernant »⁴⁹².

En droit français, le mode de représentation du MNA dépend de sa prise en charge par l'ASE ou un autre service. Lorsqu'il n'est pas pris en charge, il peut bénéficier dans certains cas de la désignation d'un administrateur *ad hoc*. Une fois pris en charge, une délégation d'autorité parentale ou une tutelle peut être prononcée afin de palier à l'isolement du MNA. Les représentants du MNA sont le tuteur et l'administrateur *ad hoc* qui est la personne physique ou morale à qui l'autorité parentale est déléguée. Tout d'abord, la nomination d'un administrateur *ad hoc* par le procureur de la République intervient dans plusieurs situations selon l'article 17 de la loi relative à l'autorité parentale du 4 mars 2002⁴⁹³. Un MNA doit bénéficier de l'accompagnement d'un administrateur *ad hoc* lorsqu'il est placé et maintenu en zone d'attente. Il assure sa représentation dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien⁴⁹⁴ et afférentes à son entrée sur le territoire. Il doit également bénéficier de cet accompagnement lorsqu'il souhaite introduire une demande de protection internationale⁴⁹⁵. Il est précisé dans l'article précité qu'une fois une mesure de tutelle prononcée, la mission de l'administrateur *ad hoc* prend fin. Selon l'article 388 paragraphe second du Code civil, le MNA qui bénéficie d'une mesure de tutelle mais dont les intérêts sont contraires à ceux de son tuteur peut jouir de la représentation d'un administrateur *ad hoc*. Tant que le MNA n'est pas pris en charge, il ne peut profiter d'une mesure de tutelle mais doit pouvoir jouir de l'accompagnement d'un administrateur *ad hoc*. Afin qu'un administrateur soit désigné par le procureur de la République informé par la PAF ou le juge des tutelles, le MNA doit être identifié par les autorités françaises. Le juge des tutelles peut s'auto-saisir ou bien être saisi par le juge des enfants pour que soit désigné un administrateur. Le MNA ne peut pas saisir le juge des tutelles lui-même puisqu'il n'est pas juridiquement capable.

Ensuite, un MNA pris en charge par l'ASE ou un autre service peut bénéficier d'une mesure de tutelle. Conformément à l'article 390 du Code civil, une mesure de tutelle peut être prononcée lorsque les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale. Lorsque les parents sont hors d'état de manifester leurs volontés en raison de leurs incapacités, absences ou autres causes, ils sont privés de l'exercice de l'autorité parentale selon l'article 373 du Code civil. Une mesure de tutelle peut être prononcée par le juge des tutelles, fonction exercée par le juge aux affaires familiales s'agissant des mineurs selon l'article 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire. En cas d'urgence et sous l'égide de l'article 375 du Code civil, le juge des enfants peut également prononcer une mesure de tutelle. S'agissant des MNA, le tuteur désigné peut être un proche de la famille, l'ASE ou le service qui le prend en charge. La désignation d'un proche en tant que tuteur du MNA suppose la convocation d'un conseil de famille formé de membres de la famille ou toute personne « qui manifeste un intérêt pour lui » selon l'article 399 du Code civil. L'isolement du mineur amène généralement la désignation de l'organisme de prise en charge du mineur à être comme tuteur. Ses missions sont celles conférées à l'ASE en droit français. L'article 408 du Code civil confère au tuteur le rôle de représentant au sens général c'est-à-dire qu'il peut avoir la mission d'exercer la représentation légale du mineur.

Enfin, la délégation de l'exercice de l'autorité parentale peut constituer une mesure moins contraignante que la tutelle. La personne physique ou morale qui se voit déléguée l'exercice de l'autorité parentale d'un MNA devient un représentant du mineur sans devenir son représentant légal. L'autorité parentale définie à l'article 371-1 du Code civil engage le titulaire envers le mineur à l'obligation de « protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Le juge aux affaires familiales est compétent pour déléguer l'exercice

⁴⁹¹ A., MEYER-HEINE, « Le droit d'asile des MNA dans l'Union européenne. Questions liées à leur représentation », *Sociétés et jeunesse en difficulté*, 21 | Automne 2018, 1 décembre 2018, §10.

⁴⁹² Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation relative à un régime de tutelle efficace pour les enfants non accompagnés et les enfants séparés dans le contexte de la migration*, CM/Rec(2019)11, 11 décembre 2019, p. 12.

⁴⁹³ Loi relative à l'autorité parentale, n° 2002-305, NOR: JUSX0104902L, 4 mars 2002, article 17.

⁴⁹⁴ CESEDA, article R. 111-13 à R. 111-23.

⁴⁹⁵ CESEDA, article L. 221-5.

de l'autorité parentale⁴⁹⁶ partiellement ou totalement⁴⁹⁷ à une personne physique ou morale qui peut être un particulier, un établissement ou encore le service de l'ASE⁴⁹⁸. Ce juge doit être saisi par le juge des enfants ou le procureur de la République puisque le prononcé d'une mesure d'assistance éducative n'induit pas la délégation de l'exercice de l'autorité parentale selon l'article 375-7 du Code civil. Le titulaire de la délégation peut notamment donner les autorisations nécessaires en matière de soins médicaux ou chirurgicaux⁴⁹⁹ et ainsi permettre un accès au droit à la santé. Il peut accomplir des actes usuels et non usuels pour le MNA, une liste des actes non usuels qu'il ne peut pas accomplir est annexée au projet pour l'enfant⁵⁰⁰. Il est plus généralement prononcée une mesure de tutelle qu'une délégation de l'exercice de l'autorité parentale en raison des besoins importants en terme de représentation des MNA.

Ainsi, la représentation du MNA permet *a minima* un meilleur accès au droit à l'éducation, au droit à la santé et à un encadrement propice à son bon développement et *a maxima* un accès au droit par la représentation légale. Isolé et incapable juridiquement par définition, le MNA nécessite un représentant et un représentant légal dans la plupart des cas. Le droit à la représentation est un corolaire de l'accès et du respect des droits fondamentaux du MNA. Néanmoins, le système représentatif français participe au manque d'accès au droit pour ce mineur particulièrement vulnérable.

2. Un système de représentation participant au manque d'accès aux procédures administratives et juridictionnelles

Si l'accès au droit à la représentation pour les MNA est une condition à son accès à nombreux droits fondamentaux lui étant garantis, le système français de représentation de ces mineurs présente des défaillances. Avant de présenter ces défaillances, il convient de reconnaître que le « refus au guichet » et le manque d'identification des MNA présents sur le territoire sont des entraves à l'accès aux procédures juridiques. Le « refus au guichet » est une pratique régulièrement dénoncée par les défenseurs des droits des étrangers. Cette pratique illégale consiste en un refus oral d'enregistrer une demande administrative ou juridictionnelle alors même que cette demande peut être fondée. En tout étant de cause, une demande dont le bien-fondé n'est pas reconnu par son examen aboutit à son rejet écrit et motivé. Néanmoins, l'agent chargé d'enregistrer les demandes n'est pas habilité à refuser une demande à moins que les conditions de dépôt de la demande ne soient pas remplies. Si la pratique du « refus au guichet » est qualifiée de récurrente par le Défenseur des droits en droit des étrangers s'agissant des demandes de protection internationale⁵⁰¹, il est à savoir que « ce filtrage est d'autant plus dangereux qu'ils sont moins armés, en raison de leur immaturité et de leurs difficultés linguistiques, pour comprendre et argumenter sur le bien-fondé de leur demande »⁵⁰². S'agissant des MNA non demandeurs de protection internationale, le Défenseur des droits a estimé que « certains jeunes se voient opposer un refus de prise en charge et d'évaluation sans justification, qu'ils disposent ou non d'un document d'identité » et « [qu'] il s'agit souvent d'un refus au guichet fondé sur le « faciès » du jeune, son âge présumé »⁵⁰³. Les discriminations envers les MNA constitue un obstacle à leur accès aux procédures administratives et juridictionnelles.

Le dépassement des autorités françaises dans les camps du nord de la France (la lande de Calais, camp de Grande-Synthe) ou même dans ceux installés dans des grandes métropoles comme Paris (Stalingrad, La Chapelle) et Nantes (occupation du square Daviais) permet d'avoir un doute quant à l'identification des MNA. La CEDH a jugé dans l'arrêt *Khan c. France* rendu le 28 février 2019 que « les autorités compétentes n'avaient pas même identifié le requérant comme tel alors qu'il se trouvait sur le site de la lande depuis plusieurs mois et que son jeune âge aurait dû tout particulièrement attirer leur

⁴⁹⁶ Code de l'organisation judiciaire, article L 213-3, 3°, b.

⁴⁹⁷ Code civil, article 375-7 alinéa troisième.

⁴⁹⁸ Code civil, article 377 alinéa second.

⁴⁹⁹ TGI Créteil, 29 janvier 2015, n°1500036.

⁵⁰⁰ CASF, article L223-1-2 alinéa premier, créé par Loi relative à la protection de l'enfant, n° 2016-297, NOR: FDFX1507648L, 14 mars 2016, article 22.

⁵⁰¹ Défenseur des droits, Les droits fondamentaux des étrangers en France, mai 2016, p. 14.

⁵⁰² M., BLONDEL, « Le mineur isolé étranger demandeur d'asile en France : entre nécessité de protection et résistance sécuritaire », La Revue des droits de l'homme, 13 | 2018, 5 janvier 2018, §19.

⁵⁰³ Défenseur des droits, *Rapport droits de l'enfant en 2017, Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant*, Défenseur des droits, Paris, novembre 2017, p. 36.

attention »⁵⁰⁴, que les « moyens mis en œuvre pour identifier les mineurs isolés étrangers présents sur la lande étaient insuffisants »⁵⁰⁵ tout en reconnaissant la complexité d'une telle identification⁵⁰⁶. L'absence d'identification des MNA malgré les possibilités de signalement de ceux-ci aux autorités génère un manque d'accès aux procédures administratives et juridictionnelles en raison d'un déficit d'information. Lorsque l'isolement des MNA n'est pas atténué par une prise en charge effective et un accès au droit à la représentation, ceux-ci deviennent des victimes potentielles de l'absence de recours aux procédures administratives et juridictionnelles.

Aussi, le système français de représentation du MNA fait naître des périodes durant lesquelles celui-ci n'est pas représenté. Lorsqu'un MNA n'est ni en zone d'attente ni demandeur de protection internationale, il n'est pas représenté par un administrateur *ad hoc* et lorsqu'il n'est pas encore pris en charge par l'ASE, celui-ci ne bénéficie pas encore d'une mesure de tutelle ou de délégation de l'exercice de l'autorité parentale. Cette absence de représentation expose ce mineur à un manque d'accès aux procédures administratives et juridictionnelles qui lui sont ouvertes. La représentation des MNA souffre du manque d'administrateurs *ad hoc*. La qualité de cette représentation est mise à mal par le manque de formation spécifique de ces administrateurs sur les besoins particuliers des MNA.

Si l'absence de représentation du MNA peut résulter des carences et des délais en terme de prise en charge, elle est illégale dans plusieurs cas. Subordonner la désignation d'un administrateur *ad hoc* à l'évaluation de la minorité en cas de doute ou même à l'examen radiologique osseux est contraire à la présomption de minorité. Cette pratique a fait l'objet d'une interdiction par la Cour de cassation le 22 mai 2007⁵⁰⁷ confirmée le 6 mai 2009⁵⁰⁸ mais elle reste fréquente selon le Défenseur des droits⁵⁰⁹. L'absence de nomination d'un administrateur *ad hoc* lorsqu'une personne se déclarant mineure est maintenue en zone d'attente mais que celle-ci est déclarée majeure ne fait pas grief à cette personne⁵¹⁰. En revanche, la désignation tardive de l'administrateur *ad hoc* porte nécessairement atteinte aux intérêts du mineur⁵¹¹. Une exception de nullité pourra être soulevée pour remettre en cause le maintien en zone d'attente⁵¹². Cette désignation ne doit pas nécessairement intervenir au stade de la notification du refus d'entrée ou du maintien en zone d'attente au MNA⁵¹³. L'absence d'administrateur *ad hoc* constitue pour le MNA une réelle difficulté pour avoir accès à ses droits et à son droit à demander à l'asile. Si l'introduction par un MNA d'une demande d'asile à la frontière est possible⁵¹⁴, la présence de l'administrateur *ad hoc* constitue une garantie et une aide précieuse.

Enfin, la représentation du MNA est une garantie permettant de palier son incapacité juridique l'empêchant de former un recours devant le juge administratif. Il convient de terminer ce travail par la mention d'une des « violations les plus graves des droits fondamentaux »⁵¹⁵ par l'État français à savoir le droit au recours effectif. Protégé par l'article 13 de la Convention EDH et l'article 47 de la CDFUE, pour ne citer qu'elles, le droit au recours effectif n'est pas garanti sur des territoires d'Outre-mer pour les personnes se voyant octroyer une mesure d'éloignement. L'État français a été condamné en 2012 par l'arrêt *De Souza Ribeiro c. France* rendu par la CEDH en grande chambre pour violation de l'article 13 combiné à l'article 8 de la Convention EDH en Guyane⁵¹⁶. Pour autant, un régime dérogatoire applicable en Guyane, en Guadeloupe, à Mayotte, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin conditionne à la demande de l'autorité consulaire de l'État d'origine de l'intéressé la garantie du « jour franc » lors du prononcé d'une mesure d'éloignement⁵¹⁷. L'introduction du caractère suspensif au référé-liberté par la loi du 7 mars 2016⁵¹⁸ est intervenu en réaction à la condamnation de la France. En l'absence de « jour

⁵⁰⁴ CEDH, *Khan c. France*, n° 12267/16, 28 février 2019, §88.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, §89.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, §91.

⁵⁰⁷ Cour de cassation, 1ère Civ., 22 mai 2007, *Bull.* 2007, pourvoi n° 06-17238.

⁵⁰⁸ Cour de cassation, 1ère Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-14519.

⁵⁰⁹ Défenseur des droits, Les droits fondamentaux des étrangers en France, mai 2016, p. 38.

⁵¹⁰ TGI Bobigny, 13 juin 2013, n° 13/3546 cité par ANAFÉ, « Zone d'attente », Recueil de jurisprudences, décembre 2018, p. 85.

⁵¹¹ Cour de cassation, 1ère Civ., 22 mai 2007, *Bull.* 2007, pourvoi n° 06-17238 ; Cour de cassation, 1ère Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-14519.

⁵¹² Cour de cassation, 1ère Civ., 22 mai 2007, *Bull.* 2007, pourvoi n° 06-17238.

⁵¹³ Cour de cassation, 1ère Civ., 26 juin 2013, *Bull.* 2013, pourvoi n° 12-20.766 ; Cour de cassation, 1ère Civ., 6 novembre 2013, pourvoi n° 12-24.808.

⁵¹⁴ Directive « Procédures », articles 31 §8 et 43.

⁵¹⁵ CNCDH, *Arès sur les droits des étrangers et droit d'asile dans les outremer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 septembre 2017, p. 20.

⁵¹⁶ CEDH, Grande Chambre, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, 13 décembre 2012.

⁵¹⁷ CESEDA, article L514-1 1°.

⁵¹⁸ Loi relative au droit des étrangers en France, n° 2016-274, NOR: INTX1412529L, 7 mars 2016.

franc », il ne permet pas à une personne, contre laquelle est prononcée une mesure d'éloignement, de disposer d'un recours effectif. Plus généralement, la CNCDH a noté que « le référé liberté n'offre pas les mêmes garanties qu'un recours suspensif de plein droit qui permet un examen complet de la légalité de la mesure d'éloignement par le juge administratif »⁵¹⁹. Les MNA se voient privés de la garantie d'un contrôle juridictionnel et de la suspension d'une mesure de renvoi⁵²⁰. En dehors de l'introduction d'une demande d'asile, les MNA peuvent être éloignés sans qu'ils puissent suspendre cet éloignement le temps de prouver leur minorité. Dans cet accès restreint au droit au recours effectif, la garantie de la représentation des MNA apparaît comme centrale.

Si le manque d'accès aux procédures administratives et juridictionnelles n'est pas seulement imputable aux défauts du système représentatif français des MNA, ils y participent. En outre, l'absence illégale de représentation de ces mineurs conduit nécessairement à l'absence d'accès aux autres droits fondamentaux qui doivent être garantis à ces mineurs. La représentation est la pierre angulaire du respect des droits fondamentaux du MNA en ce qu'elle vient pallier les difficultés résultant de son isolement inhérent à la définition de la notion. Le système français de représentation du MNA tient à ne pas être spécifique à ce mineur. La mise en place d'une tutelle particulière aux MNA peut être une solution envisageable s'inspirant de celle prévue en Belgique ou aux Pays-Bas. C'est sur cette perspective d'évolution qu'il s'agit d'achever l'analyse de la protection du MNA par l'État français.

⁵¹⁹ CNCDH, *AVIS sur les droits des étrangers et droit d'asile dans les outremer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 septembre 2017, p. 21.

⁵²⁰ Conseil des droits de l'homme (NU), *Résumé des communications des parties prenantes concernant la France*, A/HRC/WG.6/29/FRA/3, 2 novembre 2017, §35.

CONCLUSION

Ce travail a eu pour objectif d'identifier, de documenter et de comprendre l'application de la protection internationale et européenne des droits fondamentaux à un sujet de droit particulier. Le MNA jouit d'une reconnaissance sectorielle de ses droits fondamentaux dans l'ordre juridique international et européen. S'il est ambitieux de parler de statut particulier du MNA au niveau international, il est cependant heureux de constater sa construction progressive. La naissance de ce statut particulier n'est pas envisagée en droit français. La protection du MNA est incluse au régime de protection de l'enfance sans le distinguer du mineur français en danger. Cette démarche inclusive a pu être saluée. Néanmoins l'entrée dans le régime de la protection de l'enfance pour le MNA reste trop incertaine en raison d'un contrôle de la fraude menant à de nombreuses erreurs. Un tri hasardeux est opéré par les autorités françaises à travers la détermination de l'âge basée essentiellement sur l'examen radiologique osseux dont les multiples critiques ont pu être exposées. Une application plus respectueuse de la méthode du faisceau d'indices est souhaitable et l'interdiction de la pratique de l'examen radiologique osseux est à envisager. Il a pu être apprécié dans ce travail les conséquences de cette fixation presque discrétionnaire de l'âge des MNA sur leur prise en charge par l'État français. Une approche plus subjective de l'évaluation de l'âge doit être entreprise.

Cette étude a fait état du droit positif français s'appliquant aux MNA. Les écarts entre les engagements internationaux de l'État français et ce droit positif sont indéniables. L'interdiction de l'éloignement et de l'enfermement des MNA constituent des principes devant rester cardinaux. Les dérogations à ces principes prévues par la loi sont à reconsidérer et la lutte contre leurs violations doit être accentuée. Les frontières et les territoires d'Outre-mer ne peuvent rester des zones où les violations des droits fondamentaux des MNA demeurent. La condamnation de l'État français par la CEDH, le 25 juin 2020, dans l'arrêt *Monstahi c. France* a pu mettre en évidence ces violations. Les observations des défenseurs des droits des MNA ont été suivies par la Cour leur donnant ainsi force et crédit.

La carence étatique en matière d'accueil des MNA, qu'ils soient ou non demandeurs de protection internationale, est criante. L'appauvrissement des départements responsables de la prise en charge des MNA est un signal alarmant quant à l'avenir de leur protection par l'État français. Chacune des caractéristiques définissant les MNA entraînent des difficultés supplémentaires dans l'accès à leurs droits fondamentaux. Chaque étape du parcours juridique des MNA mène à un recul de l'effectivité de la protection de leurs droits fondamentaux. La place du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant grandissante en jurisprudence place les juges français et européens en figures de proue d'une évolution positive de la protection des MNA par l'État français. Cette fiction juridique aux contours flous est dotée d'une certaine universalité et tend à considérer le MNA comme un enfant bénéficiaire direct des droits contenus dans la CDE.

En période de crise, les populations vulnérables souffrent plus intensément. La situation des MNA durant la période de crise sanitaire est particulièrement préoccupante. L'enfermement et l'absence de prise en charge des MNA par les autorités françaises sont incompatibles avec les mesures de protection contre la pandémie de COVID-19. La jouissance du droit à la santé leur est retirée de manière significative. D'importantes atteintes aux droits fondamentaux des MNA sont restées silencieuses. La gestion de la crise pandémique ne semble pas s'être souciée de leur situation plaçant au rang d'accessoire le respect de leurs droits fondamentaux. Néanmoins, la CEDH a fait application de l'article 39 de son statut lui permettant d'ordonner à l'État français la prise de mesures provisoires afin « d'assurer le logement et l'alimentation du requérant jusqu'à la fin du confinement imposé à la population »⁵²¹. Le schéma classique de délaissement d'un jeune MNA par les autorités judiciaires et administratives françaises allait se répéter une fois de plus. La requête de l'avocat du requérant auprès de la CEDH a pourtant eu ses effets et la Cour a enjoint l'État français de prendre en charge le MNA. Si cette intervention ne peut être considérée comme novatrice, elle suscite cependant un nouvel espoir d'une réaction du gouvernement et du juge français.

⁵²¹ Propos issus de la lettre adressée à l'avocat du requérant dans l'affaire *X. c. France*, Requête n° 15457/20, 31 mars 2020 référencé en annexe.

ANNEXE

Maître Jean Eric MALABRE
6, Place de Stalingrad
87000 LIMOGES
FRANCE

CINQUIÈME SECTION

CEDH-LF2.2aR
AMD/TLA/rki

Strasbourg, le 31 mars 2020

PAR COURRIER ET PAR TÉLÉCOPIE (05 55 79 83 66)
Total des pages : 2

Requête n° 15457/20

[REDACTED] . France

Maître,

J'accuse réception de vos envois télécopiés du 30 mars 2020 par lesquels vous demandez à la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 39 de son règlement, d'enjoindre à l'Etat de mettre le requérant à l'abri sans délai, sous forme d'hébergement, vêtue, nourriture et accès aux soins médicaux, jusqu'à ce que la Cour ait statué ou, subsidiairement, jusqu'à ce que le juge des enfants ait statué ou la fin de l'état d'urgence sanitaire en France.

Référence à rappeler

Le dossier s'est vu attribuer le numéro ci-dessus, qu'il vous faudra rappeler dans toute correspondance relative à cette affaire.

Application de la mesure provisoire

Le 30 mars 2020, la Cour (le juge de permanence) a décidé d'indiquer au gouvernement français, en vertu de l'article 39 du règlement, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant elle, d'assurer le logement et l'alimentation du requérant jusqu'à la fin du confinement imposé à la population.

L'attention des parties est attirée sur le fait que, lorsqu'un État contractant ne se conforme pas à une mesure indiquée au titre de l'article 39 du règlement, cela peut entraîner une violation de l'article 34 de la Convention. À cet égard, il est fait référence aux paragraphes 128 et 129 de l'arrêt rendu le 4 février 2005 par la Grande Chambre dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (requêtes n°s 46827/99 et 46951/99) ainsi qu'au point 5 du dispositif de cet arrêt.

Priorité de traitement

La Cour a décidé, en vertu de l'article 41 du règlement, que la requête serait traitée en priorité.

./..

Formulaire de requête

Afin de compléter le dossier, vous devez envoyer à la Cour, le **20 mai 2020 au plus tard**, l'original du formulaire de requête ci-joint complété et accompagné d'une copie de tous les documents pertinents. **Veillez noter que si vous envoyez des documents originaux, la Cour ne vous les restituera pas.** Si ces informations ne parviennent pas à la Cour dans le délai prévu, la requête pourra faire l'objet d'une mesure de radiation, sans préavis.

Étiquettes

Je vous adresse ci-joint un lot d'étiquettes portant un code-barres. Veuillez apposer l'une de ces étiquettes sur le coin supérieur droit de la **première page** de tout courrier que vous enverrez au greffe dans le cadre de la présente affaire.

Veillez agréer, Maître, l'assurance de ma considération distinguée.



K. Ryngielewicz
Chef de la section de filtrage

P.J. : Kit pour les requérants
Lot d'étiquettes

Veillez noter que les pièces jointes vous seront envoyées uniquement par la poste.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages, thèses et cours de l'Université de Nantes

- BRUGÈRE, F. et LE BLANC, G., *La fin de l'hospitalité, L'Europe, terre d'asile ?*, Flammarion, Champs essais, Paris, 2018, 244p
- CAPELIER, F., *Comprendre la protection de l'enfance: L'enfant en danger face au droit*, Malakoff, Dunod [en ligne], 4 mars 2015, 464p
- CAREMELLE, O. et CARÈME (pref), D., *Par simple humanité. L'accueil des migrants à Grande-Synthe*, Les Éditions de l'Atelier/Les Éditions Ouvrières, Ivry-sur-Seine, 2020, 208p
- CORNU, G. (dir), *Vocabulaire juridique*, 10ème édition, Quadriga, PUF, , 2014, 1136p
- D'HÄEM, R., *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, PUF, Paris, 1998, 127p
- ETIEMBLE, A., *Les mineurs isolés en France. Evaluation quantitative de la population accueillie à l'aide sociale à l'enfance. Les termes de l'accueil et de la prise en charge*, Quest'Us [en ligne], Rennes, 2002, 272p
- FLEURY GRAFF, T. et MARIE, A., *Droit de l'asile*, PUF, Paris, 2019
- GAFFIOT, F., dictionnaire latin français, Hachette [en ligne], Paris, février 1934, 1719p
- GALABERT, J.-M. et TERCINET, M.-R., *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Grenoble, PUG, 1995, 550p
- KANICS, J. et SENOVILLA-HERNÁNDEZ, D. et TOUZENIS, K., *Migrating alone: unaccompanied and separated children's migration to Europe*, UNESCO [en ligne], Paris, 2010, 197p
- LENDARO, A., *La crise de l'accueil. Frontières, droits, résistances*, La Découverte, « Recherches », Paris, 2019, p. 161-185
- MONDIELLI, E., « Cours de droit international des droits de l'homme » [notes fournies dans le cours Protection internationale et européenne des droits fondamentaux 2018], Université de Nantes, Nantes.
- MURAT (dir), P., *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz, Dalloz Action, 8ème édition, 13 novembre 2019
- POULY, C., « Étranger : contentieux de l'obligation de quitter le territoire français », Répertoire de contentieux administratif [en ligne], Dalloz.
- PRASONG, O., « La protection des droits de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme », Droit. Université de Bordeaux, 2016
- RENUCCI, J-F., *Droit européen des droits de l'homme*, 3. éd., LGDJ, Paris, 2002, 600p
- REY, A., *Le Robert dictionnaire*, Le Robert [en ligne], Paris, 2020
- SUDRE, F., « Droits de l'homme », in M. Carreau (dir.), Répertoire de droit international [en ligne], Paris, Dalloz
- VOLTAIRE, *Zadig, ou la destinée*, Atramenta [en ligne], (1747) 4 septembre 2018, 78p

II. Articles et contributions

- ANCELIN, J., « Le principe de non refoulement et l'Union européenne à l'épreuve de la crise syrienne », *Études internationales*, Volume 49, Numéro 2, Printemps 2018, p. 357
- BARBOU DES PLACES, S., « L'autonomie du droit d'asile de l'UE : à quel prix ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, Dalloz, 2020, p. 136
- BÉTTATI, M., « Le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) », *Pouvoirs* [en ligne], n° 144, 2013
- BLONDEL, M., « L'interprétation rigoriste d'un instrument dépassé », *Revue du marché commun de l'Union Européenne* [en ligne], n° 606, mars 2017
- BLONDEL, M., « Le mineur isolé étranger demandeur d'asile en France : entre nécessité de protection et résistance sécuritaire », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], n° 13, 5 janvier 2018
- BRUGGIAMOSCA, C., « Le fichier « Appui à l'évaluation de la minorité » à l'épreuve de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant », *AJ Famille* [en ligne], 2019, p. 494
- BURRIEZ, D., « L'étatisation de la protection des mineurs isolés étrangers », *AJDA* [en ligne], 2019, p. 802
- CAIRE, A-B., « L'examen radiologique osseux de l'article 388 du code civil, un simple indice dans la détermination de l'âge », *RDSS* [en ligne], 2019, p. 453

- CARAYON, L., « Enfants étrangers, enfants fichés - Conformité à la constitution d'un fichier des personnes étrangères se présentant comme mineures et isolées », *Constitutions* [en ligne], 2019, p. 387
- CARAYON, L., MATTIUSI, J. et VUATTOUX, A., « « SOYEZ COHÉRENT, JEUNE HOMME ! » Enjeux et non-dits de l'évaluation de la minorité chez les jeunes étrangers isolés à Paris », *Revue française de science politique* [en ligne], Vol. 68, 2018
- CHASSIN, C-A., « Asile », *Répertoire Dalloz de droit international* [en ligne], Paris, 2017, p. 15
- COLLIN, J., « Un jeune mineur guinéen placé au centre de rétention administrative de Oissel », *France Bleu Normandie (Seine-Maritime - Eure)* [en ligne], 2 mars 2019
- DE MONTALIVET, P., « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 20, juin 2006
- DEFIX, S., « Le rôle des départements dans la prise en charge des mineurs non accompagnés », *AJ Collectivités Territoriales*, 2018, p. 437
- DOEBELIN, V., « La prise en charge des besoins vitaux d'un mineur non accompagné en attente d'évaluation : une obligation pour les départements », *RDSS*, 2019, p. 518
- ESCUILLIÉ, C., « Un encadrement cosmétique du renvoi des mineurs étrangers arbitrairement rattachés à des adultes accompagnants », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, 27 février 2015
- ETIEMBLE, A., « Quelle protection pour les mineurs isolés en France », *RAJS, JDJ* n°243, mars 2005, p. 18
- FLEURY-GRAFF, T., « Territoire et droit international », *Civitas Europa*, Nancy, IRENEE / Université de Lorraine, 2015, p. 45
- FRANCESKAKIS, P., « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux du comité français de droit international privé* [en ligne], 27-30, Comité Français du Droit International Privé, 1970
- FULCHIRON, H., « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Recueil Dalloz 2019* [en ligne], 11 avril 2019, p. 709
- GUIBERT-LASSALE, A., « Identités des SDF », *Etudes* [en lignes], 2006/7-8, Tome 405, 2006, p. 48
- HAMMARBERG, T., « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes* [en ligne], n° 303, mars 2011, p. 11
- HENRIOT, P., « Les sages capitulent », *Plein droit* [en ligne], n° 90, octobre 2011
- HIERONYMI, O., « Émergence du droit international des réfugiés », *Juris associations* [en ligne], 2020, n° 611, p. 24
- JAUTL-SESEKE, F., « La définition du mineur non accompagné », *Revue critique de droit international privé 2018* [en ligne], n° 4, 18 février 2019, p. 810
- KELSEN, H., « La transformation du droit international en droit interne », *Revue générale de droit international public* [en ligne], 1936, p. 5
- LA BRUYÈRE, F., « En Hongrie, les réfugiés en ballottage défavorable », *Libération* [en ligne], 4 janvier 2016
- La rédaction, « La France va accueillir 750 migrants de Grèce », *Infomigrants* [en ligne], 25 mai 2020
- La rédaction, « Le Portugal va accueillir 500 mineurs isolés des îles grecques », *Infomigrants* [en ligne], 14 mai 2020
- LAINGUI, A., « Histoire de la protection pénale des enfants », *RID pénal Paris* [en ligne], Godde, 1979, p.528
- LE BERRE, R., « Je implore toi s'il vous plaît dormir couloir. », *Libération* [en ligne], 7 mars 2016
- LESSI, J., « Mineurs isolés étrangers : étendue de la compétence de l'État », *AJDA*, 2016, p. 2115
- LOCHAK, D., « La race : une catégorie juridique ? », *Mots: les langages du politique*, ENS Éditions, Lyon, 33 (1), 1992, p. 291
- LUCCHINI, R., « L'enfant de la rue: réalité complexe et discours réducteurs », *Déviance et société* [en ligne], Vol. 22, n° 4, année 1998
- MAKOOI, B., « Que risque-t-on si on ment sur son âge pour se faire passer pour un mineur ? », *Infomigrants* [en ligne], 9 avril 2019
- MERLAND, G., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* [en ligne], n° 16, juin 2004
- MEYER-HEINE, A., « Le droit d'asile des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne. Questions liées à leur représentation », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, 21 | Automne 2018, 1 décembre 2018

- MINK, J., « EU Asylum Law and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-Refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment », *European Journal of Migration and Law* [en ligne], 14(2), 2012, p. 130-131
- NIELSEN, N., « EU-Turkey deal not binding, says EP legal chief », *EU observer* [en ligne], 10 may 2015
- P. S., « Nîmes : un mineur isolé libéré du centre de rétention administrative », *France 3 (Occitanie)* [en ligne], 24 février 2019
- PASCUAL, J., « Mineur isolé étranger : la France condamnée par la CEDH pour « traitement dégradant » », *Le Monde* [en ligne], Paris, Société éditrice du Monde, 28 février 2019
- PASTOR, J-M., « Mineurs isolés : la compétence supplétive de l'État au nom de la dignité humaine », *Dalloz actualité* [en ligne], 14 novembre 2017
- PLATTNER, D., « La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge* [en ligne], numéro 747, juin 1984
- REIDY, A., « Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Précis sur les droits de l'homme* [en ligne], n° 6, 2003, p. 16
- Réseau éducation sans frontières, « Mineurs: des mois de prison pour avoir prétendument menti sur son âge! », *Médiapart* [en ligne], 5 octobre 2014
- ROBIN P., et SÉVERAC, N., « Parcours de vie des enfants et des jeunes relevant du dispositif de protection de l'enfance : les paradoxes d'une biographie sous injonction », *Recherches familiales* [en ligne], 1 (10), 2013, p. 91-102
- SENOVILLA-HERNÁNDEZ, D., « Analyse d'une catégorie juridique récente : le mineur étranger non accompagné, séparé ou isolé », *Revue Européenne des Migrations Internationales* [en ligne], vol. 30 - n°1, 2014, mis en ligne le 01 mars 2017, consulté le 20 juin 2020
- SLAMA, S., « Crise de l'asile : un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux ? », *Plein droit* [en ligne], n° 111, 2016
- STEWART, L., « Le principe de non-refoulement en droit de l'UE : analyse des conclusions de l'avocat général dans l'affaire C-391/16 concernant la validité de la directive 2011/95/UE à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH », *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre* [en ligne], MBDE/Contentieux international public, 13 mars 2019
- TASSIN, L., « L'approche *hotspots*, une solution en trompe-l'œil. Compte-rendu d'enquêtes à Lesbos et Lampedusa », *La crise de l'accueil* [en ligne], 2019, p. 161 à 185
- The Royal College of Paediatrics and Child Health, « X-rays and Asylum seeking children : policy statement » [en ligne], 2007
- TISÉ, M., MAZZARINI, L., FABRIZZI, G., *et al.*, « Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an Italian sample », *International Journal of Legal Medicine*, 125, pp 411-416, 2011
- UNICEF-France, « Mineurs étrangers isolés : des enfants en danger, sur notre territoire » [en ligne], 27 octobre 2009
- VERDIER, P., « La loi réformant la protection de l'enfance : une avancée de la protection, un recul des droits », *Journal du droit des jeunes* [en ligne], n° 265, 2007, p. 22
- ZABET, D., RÉROLLE, C., PUCHEUX, J., *et al.*, « Can the Greulich and Pyle method be used on French contemporary individuals? », *International Journal of Legal Medicine*, 129, 2015, pp 171-177

III. Documents

III. 1. Traités, actes et rapports internationaux

- Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, 42000A0922(02), 14 juin 1985
- AGNU, Charte des Nations Unies et son préambule, 26 juin 1945
- AGNU, Rapport de la quarante-cinquième session du Comité exécutif du programme du Haut commissaires des Nations Unies pour les réfugiés (Genève 3-7 octobre 1994), A/AC.96/839, 11 octobre 1994
- AGNU, Résolution 44/25, Convention sur les droits de l'enfant, 20 novembre 1989

- AGNU, Résolution 54/263, Protocoles facultatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant, A/RES/54/263, 25 mai 2000
- AGNU, Résolution 64/142 relative aux lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, A/RES/64/142, 18 décembre 2009
- AGNU, Résolution 66/138, Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, A/RES/66/138, 19 décembre 2011
- AGNU, Résolution 217 (III), Déclaration universelle des droits de l'homme, A/RES/217(III), 10 décembre 1948
- AGNU, Résolution 428 (V) Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, A/RES/428(V), le 14 décembre 1950
- AGNU, Résolution 429 (V) Projet de convention relative au statut des réfugiés, A/RES/5/429-F, 14 décembre 1950
- AGNU, Résolution relative à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, A/RES/55/25, 15 novembre 2000
- AGNU, Résolution relative à la convention relative aux droits de l'enfant, A/RES/44/25, 20 novembre 1989
- Alliance internationale Save the Children et le HCNUR, Déclaration des bonnes pratiques du programme en faveur des enfants séparés en Europe, Seconde édition, octobre 2000
- Alliance internationale Save the Children et le HCNUR, Déclaration des bonnes pratiques du programme en faveur des enfants séparés en Europe, troisième édition, 2004
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1810(2011) relative aux problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, 15 avril 2011
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997
- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1596 relative à la situation des jeunes migrants en Europe, 31 janvier 2003
- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1703 (2005) relative à la protection et assistance pour les enfants séparés demandeurs d'asile, 28 avril 2005
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution n° 1810 (2011) relative aux problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe, 15 avril 2011
- CEDH, *Note d'information sur la jurisprudence de la Cour 41*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme [en ligne], avril 2002
- Charte des Nations Unies, 26 juin 1945
- CHAUSSAIN, J-L. et CHAPUIS, Y., Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés, Académie nationale de médecine française, Paris, 16 janvier 2007
- CICR, Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949
- Comité de los Derechos del Niño, Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017, CRC/C/81/D/22/2017, 31 mai 2019
- Comité de los Derechos del Niño, Dictamen aprobado por el Comité al tenor del artículo 10 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 22/2017, CRC/C/81/D/22/2017, 31 mai 2019
- Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, CRC/GC/2005/6, 1er septembre 2005
- Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France, CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016
- Comité des Droits de l'Enfants des Nations Unies, 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), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 3 mai 2005

- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation relative à un régime de tutelle efficace pour les enfants non accompagnés et les enfants séparés dans le contexte de la migration, CM/Rec(2019)11, 11 décembre 2019
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés, 12 juillet 2007
- Comité exécutif du Programme du Haut commissariat, « Conclusion sur les enfants dans les situations à risque », n° 107 (LVIII)-2007, 5 octobre 2007
- Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire, « Non-refoulement », n° 6 (XXVIII), 12 octobre 1977
- Commissaire aux droits de l'homme au Conseil de l'Europe, Les méthodes d'évaluation de l'âge des migrants mineurs doivent être améliorées, 2011
- Conférence de La Haye de droit international privé, *Convention sur la tutelle des mineurs*, 12 juin 1902
- Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Acte final*, Genève, 25 juillet 1951
- Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Convention relative au statut des réfugiés*, Genève, 28 juillet 1951
- Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969
- Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977
- Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977
- Conférence internationale de la Santé, Constitution de l'organisation mondiale de la santé, 22 juillet 1946
- Conseil de l'Europe, Charte économique et sociale, Strasbourg, 3 mai 1996
- Conseil de l'Europe, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales, 4 novembre 1950
- Conseil de l'Europe, Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Série des traités européens, n° 158, Strasbourg, 9 novembre 1995.
- Conseil de l'Europe, Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés préparé par le Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés, Documents d'information SG/Inf.(2017)13, 10 mars 2017
- Conseil des droits de l'homme (NU), Compilation concernant la France rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, A/HRC/WG.6/29/FRA/2, 13 novembre 2017
- Conseil des droits de l'homme (NU), Rapport du Groupe de travail sur l'examen périodique universel France, A/HRC/23/3, 21 mars 2013
- Conseil des droits de l'homme (NU), Rapport national présenté conformément au paragraphe 5 de l'annexe à la résolution 16/21 du Conseil des droits de l'homme France, A/HRC/WG.6/29/FRA/1, 13 novembre 2017
- Conseil des droits de l'homme (NU), Résumé des communications des parties prenantes concernant la France, A/HRC/WG.6/29/FRA/3, 2 novembre 2017
- Conseil des droits de l'homme, Compilation concernant la France : Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, A/HRC/WG.6/29/FRA/2, 13 novembre 2017
- Conseil économique et social, Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte, Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/FRA/CO/3, 9 juin 2008
- Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950
- Department of Economic and Social Affairs Statistic Division (United Nations), *Recommandations on Statistics of International Migration*, Revision 1, ST/ESA/STAT/SER.M/58/Rev.1, New York, 1998
- Executive Committee of the High Commissioner's Programme, *Enfants réfugiés*, N° 47 (XXXVIII), 12 October 1987
- FIDH, « La Serbie, un pays sûr ? » [en ligne], mai 2016

- Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Etude sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, A/HCR/15/29, juillet 2010
- Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Rapport : Compilation concernant la France*, A/HRC/WG.6/29/FRA/2, 13 novembre 2017
- HCNUR, « Figures at a Glance » [en ligne], June 2020 HCNUR, Les principes directeurs sur la protection internationale : Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009
- HCNUR, Notes sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile, Février 1997
- HCR, « Note sur le non-refoulement », EC/SCP/2, 23 août 1977
- Human Rights Watch, « Ça dépend de leur humeur » Le traitement des enfants migrants non accompagnés dans les Hautes-Alpes, Human rights watch [en ligne], ISBN: 978-1-6231-37649, septembre 2019
- IOM's Global Migration Data Analysis Centre, Migration data portail, Child and young migrants [en ligne], 9 June 2020
- OIM, La traite des mineurs non-accompagnés dans l'Union européenne Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, OIM, Paris, décembre 2002
- OIT, Convention concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, n° 138, 26 juin 1973
- OIT, Convention sur les pires formes de travail des enfants, n° 182, 10 juin 1999
- Pacte des droits civils et politiques, 16 décembre 1966
- Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966
- Secrétariat du comité des ministres du Conseil de l'Europe, Communication de la France concernant l'affaire *Khan c. France* (Requête n° 12267/16), DH-DD(2019)1476, 12 décembre 2019
- Separated Children in Europe Programme (HCNUR), Position Paper on Age Assessment in the Context of Separated Children in Europe, May 2012
- Separated Children in Europe Programme (HCNUR), *Statement of Good Practice*, 4 Revised Edition, 2009
- SMITH, T. et BROWNLEES, L., Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography, UNICEF, New York, April 2011
- SMITH, T. et BROWNLEES, L., La détermination de l'âge : note technique, UNICEF, New York, 2013
- The European Council on Refugees and Exiles, « Position on refugee children », International Journal of Refugee Law, Volume 9, Issue 1, January 1997, pp 74-81
- The Royal College of Paediatrics and Child Health, The Health of Refugee Children - Guidelines for Paediatricians, King's Fund, Londres, 1999
- UNCHR, Guidelines for Interviewing Unaccompanied Minors and Preparing Social Histories, Octobre 1985
- UNCHR, Refugee Children Guidelines on Protection and Care, 1994
- UNICEF Data: Monitoring the situation of children and women, « Child migration », UNICEF [en ligne], April 2020
- UNICEF, A child is a child, Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation [en ligne], May 2017
- WENKE, D., Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration, Conseil de l'Europe [en ligne], septembre 2017

III. 2. Traités et actes de l'Union européenne

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000
- Commission européenne, « L'approche des hotspots pour gérer des afflux migratoires exceptionnels », Commission européenne [en ligne], 9 septembre 2015
- Commission européenne, *Communication au Parlement européen et au Conseil « Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité »*, COM/2016/0205 final, 6 avril 2016

- Commission européenne, *Communication sur les prochaines étapes opérationnelles de la coopération UE-Turquie dans le domaine de la migration*, COM (2016) final, 16 mars 2016
- Commission européenne, *Proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant une liste commune de l'Union de pays d'origine sûrs aux fins de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, et modifiant la directive 2013/32/UE*, 2015/0211 (COD), 9 septembre 2015
- Commission européenne, *Retrait de propositions de la Commission*, 2019/C 210/07, 21 juin 2019
- Conseil de l'Union européenne, « Déclaration UE-Turquie », communiqué de presse 144/16, 18 mars 2016
- Conseil de l'Union européenne, *Décision instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce*, n° 2015/1601, 22 septembre 2015
- Conseil de l'Union européenne, *Règlement concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin*, n° 2725/2000, 11 décembre 2000
- Conseil de l'Union européenne, *Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers*, n° 343/2003, 18 février 2003
- Conseil de l'Union européenne, *Résolution concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers*, 97/C 221/03, 26 juin 1997
- Conseil de l'Union européenne, *Résolution sur les garanties minimales pour les procédures d'asile*, C 274/13, 20 juin 1995
- European Union Agency for Fundamental Rights, « Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les Etats membres de l'Union européenne », Office des publications de l'Union européenne [en ligne], 2013
- Eurostat, « Demandeurs d'asile considérés comme mineurs non accompagnés - données annuelles », TPS00194, 21 mai 2020
- Parlement et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)*, 2013/32/UE, 26 juin 2013
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil*, 14 septembre 2016
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil*, 2011/36/UE, 5 avril 2011
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'application de bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain*, 2001/20/CE, 4 avril 2001
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection*, 2011/95/UE, 13 décembre 2011
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte)*, 2013/33/UE, 26 juin 2013
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains*, 2004/23/CE, 31 mars 2004
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à la procédure d'asile (refonte)*, 2013/32/UE, 26 juin 2013
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, 95/46/CE, 24 octobre 1995
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*, 2008/115/CE, 16 décembre 2008

- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, (UE) 2016/399, 9 mars 2016
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, n° 604/2013, 26 juin 2013
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)*, (CE) 562/2006, 15 mars 2006
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte)*, n° 603/2013, 26 juin 2013
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, *Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, (CE) N° 593/2008, 17 juin 2008
- Parlement européen, *Résolution sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne*, P7_TA(2013)0387, 12 septembre 2013
- Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997
- Traité de Lisbonne, 13 décembre 2017
- Traité de Maastricht, 1er novembre 1993
- Traité de Nice, 26 février 2001
- Traité de Rome, 25 mars 1957

III. 3. Lois, rapports, avis et décisions

- ANAFÉ, *La procédure et la défense des droits en zone d'attente support de formation*, ANAFÉ, Paris, octobre 2018
- ANAFÉ, *Note d'analyse : Le fichage Un outil sans limites au service du contrôle des frontières ?*, ANAFÉ, Paris, septembre 2019
- ANAFÉ, *Persona non grata : conséquences des politiques sécuritaires et migratoires. La frontière franco-italienne*, ANAFÉ, Paris, janvier 2019
- ANAFÉ, *Rapport de mission de l'ANAFÉ à Mayotte et à la Réunion en 2016 « 976 : Au-delà des frontières de la légalité »*, ANAFÉ, Paris, mars 2017
- ANAFÉ, *Zones d'attente : en marge de l'État de droit*, ANAFÉ, Paris, mai 2001
- Arrêté modifiant l'arrêté du 1er février 2011 relatif aux missions et à l'organisation de la direction centrale de la police aux frontières, NOR: INTC1632868A, 22 décembre 2016
- Arrêté 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, NOR: SSAA1920987A, 20 novembre 2019
- Arrêté 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, NOR: JUSF1628271A, 17 novembre 2016
- BAILLEUL, C. et HERNANDEZ SENOVILLA, D., *Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France*, Poitiers, MIGRINTER, juin 2016
- BLANQUER, J-M., *Circulaire relative à l'organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés*, n° 2012-141, NOR : REDE1236612C, 2 octobre 2012
- CCNE, *Avis n° 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*, 2004
- CCNE, *Avis sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques*, n° 88, 23 juin 2005
- Cimade, *Rapport 2018 « Centres et locaux de rétention administrative »*, ISBN : 978-2-900595-54-1, juin 2019
- Circulaire interministérielle relative à la mobilisation des services de l'État auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels, NOR : JUSF1602101C, 25 janvier 2016

- Circulaire interministérielle relative au dispositif d'aide au retour pour les étrangers en situation irrégulière ou en situation de dénuement, N°DPM/ACI3/2006/522, 7 décembre 2006
- Circulaire relative à la protection judiciaire de l'enfant, NOR : JUSF1711230C, 19 avril 2017
- Circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers : dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation, NOR : JUSF1314192C, 31 mai 2013
- CNCDH, *Avis sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national*, 26 juin 2014
- CNCDH, *Avis sur les droits des étrangers et droit d'asile dans les outremer. Cas particuliers de la Guyane et Mayotte*, 26 septembre 2017
- CNIL, *Délibération portant avis sur un projet de décret modifiant les articles R. 221-11 et R. 221-12 du code de l'action sociale et des familles relatifs à l'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*, n° 2018-351, 27 novembre 2018
- Code civil
- Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
- Code de l'action sociale et des familles
- Code de l'organisation judiciaire
- Code de la santé publique
- Code de procédure civile
- Code de procédure pénale
- Code du travail
- Constitution française, 4 octobre 1958
- DEBRÉ, I., *Rapport de mission auprès du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés « Les mineurs isolés étrangers en France »*, 12 mai 2010
- Décision du Défenseur des droits, *Décision relative à la situation de mineurs isolés étrangers*, MDE-2014-127, 29 août 2014
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789
- Décret pris en application de l'article L. 221-2-2 du code de l'action sociale et des familles et relatif à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, n° 2016-840, 24 juin 2016
- Décret pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et portant sur les procédures d'éloignement des étrangers, n° 2011-820, NOR: IOCV1115190D, 8 juillet 2011
- Décret pris pour l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives au séjour et à l'intégration des étrangers, n° 2019-141, 27 février 2019
- Décret 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, n°2019-57, NOR: INTV1826125D, 30 janvier 2019
- Défenseur des droits, *Décision cadre relative aux discriminations à l'égard des bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME sur les plateformes de prise de rendez-vous en ligne*, n° 2018-269, 22 novembre 2018
- Défenseur des droits, Décision n° 2017-144, 26 juin 2017
- Défenseur des droits, Décision n°2018-045, 8 février 2018
- Défenseur des droits, Décision n°2019-275, 6 novembre 2019
- Défenseur des droits, *Décision relative à la situation de mineurs isolés étrangers*, n° 2016-183, 21 juillet 2016
- Défenseur des droits, *Décision relative à un refus de scolarisation opposé par une mairie à des enfants roms*, n° 2018-005, 25 janvier 2018
- Défenseur des droits, *Décision relative à un refus de scolarisation opposé par une mairie pour une famille hébergée par une association*, n° 2018-011, 30 mars 2018
- Défenseur des droits, *Décision relative au refus de scolarisation d'un enfant au sein d'une école maternelle opposé par le maire au motif qu'une procédure d'expulsion du squat dans lequel il était domicilié avec sa famille était en cours*, n° 2018-221, 12 octobre 2018
- Défenseur des droits, *Décision relative au soutien de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par plusieurs associations au conseil constitutionnel*, n° 2019-104, 15 avril 2019

- Défenseur des droits, *Démantèlement des campements et prise en charge des exilés Calais – Stalingrad (Paris)*, Défenseur des droits, Paris, Décembre 2016
- Défenseur des droits, *Etablir Mayotte dans ses droits*, Défenseur des droits, Paris, 11 février 2020
- Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2018*, Défenseur des droits, Paris, mars 2019
- Défenseur des droits, *Rapport droits de l'enfant en 2017, Au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant*, Défenseur des droits, Paris, novembre 2017
- Défenseur des droits, *Rapport relatif aux droits fondamentaux des étrangers en France*, Défenseur des droits, Paris, mai 2016
- Direction de la sécurité sociale, Circulaire relative à des points particuliers de la réglementation de l'aide médicale de l'État, notamment la situation familiale et la composition du foyer (statut des mineurs), n° DSS/2A/2011/351, NOR : ETSS1124699C, 8 septembre 2011
- DOINEAU, E. et GODEFROY, J-P., *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires sociales sur la prise en charge sociale des mineurs non accompagnés*, n° 598, 28 juin 2017
- DPJJ (Ministère de la justice), *Rapport annuel d'activité 2018 Mission Mineurs Non Accompagnés*, juin 2019
- DPJJ (Ministère de la justice), *Rapport annuel d'activité 2019 Mission Mineurs Non Accompagnés*, mai 2020
- Haut Conseil de la Santé publique, *Avis sur l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé*, 2014
- IGA, IGAS, IGJ et ADF, *Rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés*, 15 février 2018
- IGSJ, IGAS, IGA, *L'évaluation du dispositif relatif aux mineurs isolés étrangers mis en place par le protocole et la circulaire du 31 mai 2013*, juillet 2014
- Loi complétant la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, n° 83-663, 22 juillet 1983
- Loi de financement de la sécurité sociale pour 2016, n° 2015-1702, NOR: FCPX1523191L, 21 décembre 2015
- Loi permettant une bonne application du régime d'asile européen, n° 2018-187, NOR: INTX1734902L, 20 mars 2018
- Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, n° 2018-778, NOR: INTX1801788L, 10 septembre 2018
- Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, n° 2018-778, NOR: INTX1801788L, 10 septembre 2018
- Loi réformant la protection de l'enfance, n° 2007-293, 5 mars 2007
- Loi relative à l'autorité parentale, n° 2002-305, NOR: JUSX0104902L, 4 mars 2002
- Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (1), n° 2011-672, NOR: IOCK1003689L, 16 juin 2011
- Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-1119, NOR: INTX0300040L, 26 novembre 2003
- Loi relative à la protection de l'enfant, n° 2016-297, NOR: FDFX1507648L, 14 mars 2016
- Loi relative à la réforme du droit d'asile (1), n° 2015-925, NOR : INTX1412525L, du 29 juillet 2015
- Loi relative au droit des étrangers en France, n° 2016-274, NOR: INTX1412529L, 7 mars 2016
- Loi sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, n° 92-625, NOR: INTX9200050L, 6 juillet 1992
- Ministère de la justice, *Rapport annuel d'activité 2016 Mission Mineurs Non Accompagnés*, mars 2017
- Ministère de la justice, *Rapport annuel d'activité 2017 Mission Mineurs Non Accompagnés*, mars 2018
- Ministre de l'intérieur, de l'outre mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, Circulaire relative à l'entrée en vigueur de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, n° IOCK1110771C, 17 juin 2011
- Ministre de l'Intérieur, *Décision fixant la liste des pays d'origine sûrs*, NOR : INTV1523930S, 9 octobre 2015
- Ministre de la Justice, garde des sceaux, Circulaire relative à la mise en œuvre exceptionnelle d'un dispositif national d'orientation des mineurs non accompagnés dans le cadre des opérations de démantèlement de la lande de Calais, NOR : JUSD1631761C, 1^{er} novembre 2016
- MOUILLER, P., *Avis présenté au nom de la commission des affaires sociales (1) sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020, Tome VII : Solidarité, insertion et égalité des chances*, 21 novembre 2019

- OFII, Instruction « Mise en place du dispositif d'aide au retour et à la réinsertion », n° 2010/03, 15 mars 2010
- OFPRA, *Rapport d'activité 2018 « À l'écoute du monde »*, 14 mai 2019
- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946
- Président du conseil des ministres, *Ordonnance relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger*, n° 58-1301, 23 décembre 1958

III. 4. Vidéos

- Conseil constitutionnel, « Affaire n° 2019-797 QPC », [consulté sur <https://www.dailymotion.com/video/x7cv0bp>]

IV. Jurisprudence

IV. 1. Jurisprudence internationale

- CEDH, *A.B. et autres c. France*, n° 11593/12, 12 juillet 2016
- CEDH, *A.M. et autres c. France*, n° 24587/12, 12 juillet 2016
- CEDH, *Acmanne et autres contre Belgique*, n° 10435/83, 10 décembre 1984
- CEDH, *Boffa et 13 autres contre Saint-Marin*, n° 26536/95, 15 janvier 1998
- CEDH, Communication de l'affaire *Moustabi c. France*, n° 9347/14, 30 octobre 2017
- CEDH, Communiqué de l'affaire *S. M. K. c/ France*, n° 14356/19, 28 mars 2019
- CEDH, Grande Chambre, *Chabal c. Royaume-Uni*, n°22414/93, 15 novembre 1996
- CEDH, Grande Chambre, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, 13 décembre 2012
- CEDH, Grande Chambre, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09, 23 février 2012
- CEDH, Grande Chambre, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, 11 juillet 2006
- CEDH, Grande Chambre, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, 28 février 2008
- CEDH, *Kaak et autres c. Grèce*, n°34215/16, 3 octobre 2019
- CEDH, *Khan c. France*, n° 12267/16, 28 février 2019
- CEDH, *Moustabi c. France*, n° 9347/14, 25 juin 2020
- CEDH, *Mubilanžila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006
- CEDH, *N.T.P et autres c. France*, n° 68862/13, 24 mai 2018
- CEDH, *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012
- CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, n°2346/02, 29 avril 2002
- CEDH, *R.C. et V.C. c. France*, n° 76491/14, 12 juillet 2016
- CEDH, *R.K. et autres c. France*, n° 68264/14, 12 juillet 2016
- CEDH, *Rabimi c. Grèce*, n° 8687/08, 5 avril 2011
- CEDH, *Salveti contre Italie*, n° 42197/98, 9 juin 2002
- CEDS, *Comité Européen d'Action Spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur Milieu de Vie (EUROCEF) c. France*, Réclamation n° 114/2015, 24 janvier 2018
- CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. France*, Réclamation n°14/2003, 8 septembre 2004

IV. 2. Jurisprudence de l'Union européenne

- CJUE, *Cimade et Gisti*, aff. n° C-179/11, 27 septembre 2012
- CJUE, Grande Chambre, *M. c. Ministerstvo vnitra et X. X. c. Commissaire général aux réfugiés et apatrides*, aff. jointes n°C-391/16, C-77/17 et C-78/17, 14 mai 2019
- CJUE, *Ministère public c. Tullio Ratti*, aff. 148/78, 5 avril 1979
- CJUE, *Mirza c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, aff. C-695/15, 17 mars 2016
- CJUE, *Saciri et autres*, aff. n° C-79/13, 27 février 2014
- CJUE, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, aff. jointes C-643/15 et C-647/15, 6 septembre 2017
- CJUE, *X. et X. c. Belgique*, aff. C-638/16 PPU, 7 mars 2017
- CJUE, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. 41-74, 4 décembre 1974

IV. 3. Jurisprudence nationale

- CE, 5 février 2020, n° 428478 et 428826
- CE, 5 mars 2018, n° 405474
- CE, 7 juin 2006, n° 285576, *Leb.*
- CE, 8 novembre 2017, n° 406256, *Leb.*
- CE, 13 avril 2016, n° 398612
- CE, 14 juin 2017, n° 402890
- CE, 21 mars 2017, n° 408907
- CE, 22 juillet 2015, n° 381550
- CE, 22 juillet 2015, n° 383034
- CE, 23 novembre 2015, n° 394540 et 394568, *Leb.*
- CE, 24 août 2011, n° 320321
- CE, 31 juillet 2017, n° 412125 et 412171, *Leb.*
- CE, 31 juillet 2017, n° 412125, *Leb.*
- CE, *Assemblée des départements de France*, 14 juin 2017, n° 402890, AJDA 2017
- CE, *Demirpence*, 10 mars 1995, n° 141083, *Leb.*
- CE, *Département du Nord c. Badiaga*, 27 juill. 2016, n° 400055, *Leb.*
- CE, *Dlle Cinar*, 22 septembre 1997, n°161364, *Leb.*
- CE, *M. et Mme Yesil*, 29 juillet 1992, n° 127827
- CE, *Mme Mosquera*, n° 213745, 6 juin 2001, *Leb.*
- CE, Ord. Réf., 12 mars 2014, n° 375956
- CE, ord. réf., 16 juin 2017, n° 411051
- CE, ord. réf., 25 août 2017, n° 413549
- CE, ord. réf., *Fofana c/ Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*, 10 février 2012, n° 356456
- CE, ord. réf., *M. A. c/ Conseil départemental d'Indre-et-Loire*, 25 janvier 2019, n° 427169
- CE, ord., 27 juillet 2016, n° 400055, *Leb.*
- CE, *Préfet de la Seine-maritime*, 29 juillet 1994, n°143866, *Leb.*
- CE, *Préfet de Seine-et-Marne c. Mme Ciftci*, 26 juillet 1991, n° 123711
- CE, *Préfet de Seine-et-Marne c. Yukxel*, 27 janvier 1992, n° 124680
- CE, réf., 9 janvier 2015, n° 386865
- Conseil constitutionnel, Commentaire Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019
- Conseil constitutionnel, Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle
- Conseil constitutionnel, Décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985 Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances
- Conseil constitutionnel, Décision n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle
- Conseil constitutionnel, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité
- Conseil constitutionnel, Décision n° 1996-375 DC, *Rec.*, 9 avril 1996
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle
- Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie
- Conseil constitutionnel, *Unicef France et autres*, Décision n° 2019-797-QPC, 26 juillet 2019.
- Cour d'appel de Metz, 23 janvier 2006, n° 06/8
- Cour d'appel de Paris, 5 mars 2013, n° 12/19907
- Cour d'appel de Paris, 18 août 2017, n° 17/07585
- Cour d'appel de Toulouse, Chambre spéciale des mineurs, 14 décembre 2018, n°2018/261
- Cour d'appel de Versailles, Chambre spéciale des mineurs, 14 décembre 2018, n°18/00390
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613

- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613
- Cour de Cassation, 1^{ère} Civ., 4 janvier 2017, *Bull.* 2017, pourvoi n°15-18468
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 6 mai 2009, pourvoi n° 08-14519
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 6 novembre 2013, pourvoi n°12-24.808
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 10 janvier 2018, *Bull.* 2018, pourvoi n° 17-26.903
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 10 mars 1993, *Bull.* 1993, I, n° 103, pourvoi n° 91-11.310
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 11 mai 2016, *Bull.* 2016, pourvoi n° 15-18731
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-26.212
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 14 juin 2019, pourvoi n° 18-24.747
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 16 novembre 2017, *Bull.* 2017, pourvoi n° 17-24.072
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 21 décembre 2018, pourvoi n°1242
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 21 novembre 1995, *Bull.* 1995, I, N° 418, pourvoi n° 94-05.102
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 22 mai 2007, *Bull.* 2007, pourvoi n° 06-17238
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 23 janvier 2008, *Bull.* 2008, pourvoi n° 06-13.344
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 25 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 66, pourvoi n° 08-14.12
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 26 juin 2013, *Bull.* 2013, pourvoi n° 12-20.766
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 27 octobre 1964, *Bull.* civ. I, n° 472
- Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 27 septembre 2017, *Bull.* 2017, pourvoi n° 17-15.160
- Cour de cassation, 2^{ème} Civ., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, pourvoi n° 99-50008
- Cour de cassation, Crim., 20 juin 2018, pourvoi n° 18-90.012
- TA Paris, 30 janvier 2018, n° 1618862/1-2
- TA Poitiers, ord. réf., 12 juillet 2016, n° 1601537
- TGI Bobigny, 10 août 2011, n° 11/03165
- TGI Bobigny, 13 juin 2013, n° 13/3546
- TGI Créteil, 29 janvier 2015, n° 1500036
- TGI Lyon, 27 août 2016, n° 16/857

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	3
LISTE DES ABRÉVIATIONS	4
INTRODUCTION	6
PREMIÈRE PARTIE. LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX LORS DE LA DÉTERMINATION DU MINEUR NON ACCOMPAGNÉ PAR L'ÉTAT FRANÇAIS	14
Section 1. La notion de mineur non accompagné	14
§1. La définition du mineur non accompagné en droit supra-national.....	14
A. La naissance de la définition du mineur non accompagné en 1997.....	14
1. La définition internationale du mineur non accompagné du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.....	15
2. Les définitions européennes du mineur non accompagné.....	17
B. L'application spécifique de textes de droit international et européens majeurs au mineur non accompagné.....	19
1. Un mineur protégé par la Convention relative aux droits de l'enfant.....	19
2. L'application spécifique des textes de la région européenne.....	22
§2. L'absence de définition du mineur non accompagné en droit français.....	24
A. Le mineur non accompagné : un mineur protégé par le droit français.....	24
1. L'application du régime commun de la protection de l'enfance au mineur étranger.....	24
2. La prise en compte exponentielle de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit français.....	25
B. Le mineur non accompagné : un mineur particulièrement protégé du fait de sa vulnérabilité.....	27
1. Une protection renforcée justifiée par une situation de danger.....	27
2. La prise en compte récente de l'isolement du mineur non accompagné par le droit français....	29
Section 2. De l'évaluation à la détermination du mineur non accompagné	30
§1. Les faiblesses de l'évaluation du mineur non accompagné conditionnée par l'obsession de la fraude.....	31
A. Une évaluation à plusieurs niveaux peu précise.....	31
1. L'entretien : une faible évaluation socio-éducative.....	31
2. La recherche de l'incohérence dans le récit du mineur non accompagné.....	33
B. Une présomption de fraude documentaire.....	35
1. La fragile présomption d'authenticité des documents d'état civil.....	35
2. La présomption légale de minorité non respectée.....	36
§2. Le fichier d'appui à l'évaluation de la minorité : une facilitation de l'évaluation à finalité répressive.....	38
A. Un fichier de renfort du pouvoir administratif de décision au détriment de la présomption de minorité.....	39

1. La création d'un fichier au détriment de l'égalité entre les mineurs.....	39
2. L'éloignement d'un mineur par la négligence de l'erreur d'évaluation de l'âge.....	40
B. Le traitement et conservation des données interrogeant le respect du droit au respect de la vie privée du mineur non accompagné.....	42
1. La primauté de la finalité répressive sur le droit à la vie privée.....	42
2. La garantie de non-utilisation pénale des données.....	43
§3. La détermination de la minorité du mineur non accompagné à travers le recours généralisé à l'examen radiologique osseux.....	44
A. L'encadrement critiqué de l'examen radiologique osseux.....	45
1. Une méthode de détermination d'âge autorisée dans une logique de subsidiarité non respectée.....	45
2. La violation du consentement du mineur non accompagné dans la pratique de l'examen radiologique osseux.....	47
B. L'examen radiologique osseux : une méthode peu fiable contraire aux droits fondamentaux du mineur non accompagné.....	49
1. L'application d'une méthode critiquée pour sa fiabilité.....	49
2. Une méthode invasive non respectueuse des droits fondamentaux du mineur non accompagné.....	51
SECONDE PARTIE. LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX LORS DE LA PRISE EN CHARGE DU MINEUR NON ACCOMPAGNÉ PAR L'ÉTAT FRANÇAIS.....	55
Section 1. La protection du mineur non accompagné dans l'accès et le maintien sur le territoire.....	55
§1. La prise en charge spécifique du mineur non accompagné demandeur de protection internationale en droit supra-national.....	55
A. La difficile désignation de l'État responsable de la prise en charge du mineur non accompagné demandeur de protection internationale.....	56
1. La « procédure Dublin » : une solution peu compréhensive pour le mineur non accompagné.....	56
2. L'approche « hotspot » : témoin de la fragilité de la « procédure Dublin ».....	57
B. Le principe de non-refoulement : une garantie fondamentale limitée pour le mineur non accompagné demandeur de protection internationale.....	59
1. L'élargissement européen du principe de non-refoulement.....	59
2. La portée du principe de non-refoulement pour le mineur non accompagné demandeur de protection internationale.....	61
§2. La minorité comme rempart à l'éloignement.....	62
A. L'interdiction de l'éloignement d'un mineur du territoire français : une protection supérieure du mineur non accompagné.....	62
1. La minorité suffisante à l'interdiction de l'éloignement en France.....	63
2. L'impossible irrégularité du séjour des mineurs non accompagnés en droit français.....	64

B. Les principes de non-refoulement et de l'interdiction d'éloigner un mineur non accompagné contournés.....	65
1. Les contournements légaux de l'interdiction.....	65
a. La procédure policière de refus d'entrée sur le territoire.....	65
b. La procédure judiciaire de retour humanitaire.....	67
2. Le contournement illégal des principes de non-refoulement et de non-éloignement des mineurs non accompagnés : le cas de Mayotte.....	68
§3. Une protection en demie teinte contre la privation de liberté des mineurs non accompagnés.....	69
A. Le placement et le maintien en zone d'attente des mineurs non accompagnés.....	69
1. L'autorisation par le droit français.....	70
2. La contrariété avec les engagements conventionnels de la France.....	71
B. Le placement interdit en rétention administrative pratiqué.....	72
1. L'interdiction du placement en rétention administrative.....	73
2. Le contournement de l'interdiction de placement en rétention administrative.....	74
Section 2. La protection du mineur non accompagné dans l'accueil et l'accès aux droits fondamentaux sur le territoire.....	77
§1. L'accueil et l'accompagnement du mineur non accompagné sur le territoire.....	77
A. L'accueil du mineur non accompagné demandeur de protection internationale encadré par le droit dérivé.....	77
1. Le mineur non accompagné : un demandeur de protection internationale vulnérable.....	77
2. Le bénéfice restreint des conditions matérielles d'accueil.....	79
B. L'État français et la prise en charge départementale des mineurs non accompagnés.....	80
1. Un département fragilisé responsable de la prise en charge des mineurs non accompagnés..	80
2. La carence fautive de l'État français dans la prise en charge des mineurs non accompagnés.	82
§2. La problématique de l'accès aux droits fondamentaux du mineur non accompagné.....	84
A. Le mineur non accompagné : un mineur faiblement encadré.....	84
1. Le manque de recours au droit à l'éducation.....	84
2. Le manque de recours au droit à la santé.....	86
B. Le mineur non accompagné : un mineur incorrectement représenté.....	88
1. La représentation du mineur non accompagné face à son isolement.....	88
2. Un système de représentation participant au manque d'accès aux procédures administratives et juridictionnelles.....	90
CONCLUSION.....	93
ANNEXE.....	94