

Brèves observations sur l'intérêt de l'enfant et la protection de l'enfant migrant

Estelle GALLANT, Professeure à l'Université Toulouse 1 Capitole.

1. D'après les chiffres d'Eurostat, il y avait, parmi les seuls demandeurs d'asile, près de 20 000 enfants migrants en Europe en 2018, et un peu plus de 16 000 en 2019. Sur l'ensemble des enfants qui arrivent en Europe, près de 90 % sont seuls ou séparés de leur famille. En France, d'après la Mission Mineurs non accompagnés du Ministère de la Justice, ils étaient près de 17 000 en 2019 à avoir été pris en charge par les autorités françaises de protection. Ces chiffres ne révèlent malheureusement pas tous ceux qui, ne formant aucune demande d'asile ou de protection, restent en dehors du giron des autorités et encore moins tous ceux qui sont refoulés aux frontières et qui n'entrent donc pas sur le territoire français¹.

2. Depuis 2016, sous l'impulsion du Ministère de la Justice, les enfants seuls ou isolés, ne sont plus désignés sous le vocable « Mineurs isolés étrangers », mais sous celui de « Mineurs non accompagnés »². Le but de cette terminologie est non seulement d'opérer une harmonisation lexicale avec le vocabulaire utilisé en droit de l'union européenne qui y a recours depuis 2003³ ainsi que nombre d'autres États membres de l'Union, mais surtout de mettre l'accent prioritairement sur la protection de l'enfant et non plus sur sa qualité

¹ S. Corneloup, [cet ouvrage...](#)

² Décision du comité de suivi du dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs non accompagnés du 7 mars 2016.

³ Directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres remplacée depuis par la directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 du Parlement et du Conseil 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. V. art. 2 l) de la directive de 2011, qui définit le Mineur non accompagné comme un « un mineur qui entre sur le territoire des États membres sans être accompagné d'un adulte qui est responsable de lui, de par le droit ou la pratique en vigueur dans l'État membre concerné, et tant qu'il n'est pas effectivement pris en charge par une telle personne; cette expression couvre aussi le mineur qui a été laissé seul après être entré sur le territoire des États membres ».

d'étranger⁴. Malgré cela, la formule reste critiquée pour des raisons variées⁵, mais notamment parce que, trop floue, elle risquerait de conduire à l'exclusion d'un grand nombre de mineurs du dispositif de protection. Aussi n'est-il pas rare de continuer à lire en doctrine l'emploi de l'expression « Mineurs isolés étrangers » ou « Mineurs étrangers isolés »⁶. Enfin, le droit français de la protection de l'enfance, réformé par la loi du 14 mars 2016⁷, n'utilise curieusement ni l'une ni l'autre de ces expressions, et préfère viser le « mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille ». Dans ce cadre, un arrêté de 2016⁸ a posé une définition de l'isolement sur laquelle la Cour de cassation souhaite dorénavant exercer son contrôle⁹. Il résulte de cette définition que le mineur est isolé s'il ne dispose pas d'un représentant légal sur le territoire national ou n'est effectivement pas pris en charge par une personne majeure¹⁰.

3. Bien que ce soit l'évidence, il convient de rappeler que les enfants migrants appartiennent à une catégorie particulièrement vulnérable. Un enfant est vulnérable en soi, en raison de son âge, de son manque de discernement, de son immaturité, c'est-à-dire de l'ensemble des caractéristiques qui font de lui un enfant. La situation de l'enfant migrant peut l'atteindre dans toutes les dimensions de sa personne (affective, psychologique, physique). Il a pu être témoin ou subir lui-même des violences dans son État d'origine, mais aussi lors de son parcours migratoire, par ailleurs intrinsèquement particulièrement dangereux. Dans l'État d'arrivée, accompagné de ses parents, il peut se trouver privé de liberté et subir les affres

⁴ É. 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 », Rapport présenté au Sénat, juin 2017.

⁵ C. Lazerges, « Les droits fondamentaux des mineurs non accompagnés », in L. Aït Ahmed, E. Gallant, H. Meur (Dir), *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?* éd. IRJS, 2019, spéc. p. 16. K. Parrot, « Les mineur.es isolé.es à la frontière entre infra-droit et non-droit », *op.cit.*, p. 61.

⁶ Appellation retenue par la Commission consultative des droits de l'homme (CNCDH).

⁷ Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, réformant le Code civil et le Code de l'action sociale et des familles.

⁸ Arrêté du 17 novembre 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, pris pour l'application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016, lui-même pris pour l'application de l'art. L. 221-2-2 du CASF lequel régit la répartition géographique des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille. Art. 1^{er} : « La 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 ».

⁹ Civ. 1^{er}, 16 nov. 2017, n° 17-24.072, *Rev. crit. DIP* 2018. 810, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2017. 2367 ; *ibid.* 2018. 313, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *ibid.* 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2039, chron. C. Barel, S. Canas, V. Le Gall, I. Kloda, S. Vitse, S. Gargoullaud, R. Le Cotty, J. Mouty-Tardieu et C. Roth ; *AJ fam.* 2018. 172, obs. P. Pedron ; *RDSS* 2018. 155, note F. Monéger.

¹⁰ La définition se trouve être ainsi en adéquation avec celle du droit de l'Union, V. *supra* note 3. Sur ce point, V. note F. Jault-Seseke sous Civ. 1^{er}, 16 nov. 2017 préc.

d'une rétention. Pour celui qui a perdu sa famille et qui se trouve seul, sans parents, l'absence de réconfort, l'absence de protection ou de prise en charge vont venir s'ajouter à la liste des violences qu'il a déjà subies et l'exposer encore davantage à des maltraitances¹¹. L'enfant migrant se trouve dans une situation d'absolue vulnérabilité, d'intense vulnérabilité. La CEDH l'affirme désormais de façon récurrente¹² : « *la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal* »¹³. En quelque sorte, être enfant et migrant, c'est la double peine et le paradoxe de leur particulière vulnérabilité tandis que leur protection est défaillante ne cesse d'étonner¹⁴. Ce besoin de protection se retrouve à tous les stades du parcours migratoire mais bien sûr au premier plan dans les États où arrive l'enfant. Il s'agit aussi bien de la prise en charge matérielle de l'enfant (nourriture, logement, hygiène et santé), qu'administrative et juridique. Pour ces enfants, deux problématiques parmi tant d'autres cristallisent bon nombre de difficultés : la rétention en centres de rétention administrative pour les mineurs accompagnés¹⁵ et la détermination de la minorité pour les mineurs non accompagnés¹⁶.

4. L'intérêt de l'enfant bénéficie en droit français d'une assise considérable, aussi bien sous l'angle du droit interne que sous l'angle du droit international. Le texte emblématique de cet intérêt de l'enfant se trouve être la Convention internationale des droits de l'enfant, dont on a célébré en 2019 le 30^e anniversaire¹⁷. Elle indique dans son article 3-1 que « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes*

¹¹ V. la Résolution 2295 (2019) du Conseil de l'Europe « Mettre fin à la violence à l'égard des enfants migrants et à leur exploitation » du 27 juin 2019.

¹² C. Ruet, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2015. 317. L. Burgorgue-Larsen (Dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, coll. Cahiers européens, n°7, Pédone, 2014.

¹³ V. par ex. CEDH 28 février 2019, *H.A et autres c/ Grèce*, req. n°19951/16, *JCP* 2019. 718, obs. F. Sudre. V. aussi CEDH 10 octobre. 2019, *M.D c/ France*, req. n°50376/13, *AJ fam.* 2019. 555 ; *D. actu.* 25 oct. 2019, obs. S. Fucini ; *D.* 2020. 298, Pan. Droit des étrangers et de la nationalité, O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot.

¹⁴ Ph. Lortie, **cet ouvrage**...

¹⁵ Art. L.551-1 et s. du CESEDA. V. P. Klötgen, « Présence de mineurs en centre de rétention : les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2017. 226. Adde Avis du contrôleur général des lieux de privation de liberté du 9 mai 2018, relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative, *JORF* n°0135, 14 juin 2018.

¹⁶ Not. P. de Corson, « Le défi de la détermination de l'âge des mineurs isolés », in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, (Dir. H. Fulchiron), LexisNexis 2019, p. 405. F. Monéger, « La jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation sur les mineurs étrangers isolés », in *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, (Dir. H. Fulchiron), LexisNexis 2019, p. 417.

¹⁷ Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989.

législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cette même obligation est reprise par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸ et la référence à l'intérêt de l'enfant foisonne désormais au sein de nombreux instruments, en tous domaines, qu'il s'agisse de textes de droit international privé¹⁹ ou de textes spéciaux de droit matériel européen²⁰ ou interne²¹. L'intérêt de l'enfant est également proclamé par de multiples organisations internationales²². Enfin, les jurisprudences s'y réfèrent régulièrement et relaient cette prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant : le Conseil d'État et la Cour de cassation considèrent que l'article 3-1 de la CIDE est d'application directe²³, la Cour européenne des droits de l'homme, très active en ce domaine, défend assidûment l'intérêt de l'enfant dans le cadre de ses décisions²⁴, tandis que la Cour de justice de l'Union européenne

¹⁸ Art. 24, avec toutefois une différence terminologique : ce ne sont plus les *décisions* relatives à l'enfant qui sont visées, mais les *actes* : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Il faut aussi noter que la version anglaise de la CIDE mentionne « *all actions concerning children* ».

¹⁹ V. les préambules de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international et de la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

²⁰ V. Par exemple Art. 6 du Règlement Dublin III, Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 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 (refonte). Sur ce règlement, V. S. Corneloup et P. de Corson, « Les critères du règlement Dublin III », in L. Aït Ahmed, E. Gallant, H. Meur, (Dir.), *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?* éd. IRJS 2019, p. 41.

²¹ Qu'il s'agisse de la protection de l'enfance, de l'autorité parentale, ou encore de l'adoption.

²² V. par ex. le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines, ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) : « *Les enfants non accompagnés ou séparés ne devraient pas être placés en détention* ». En tout état de cause, les enfants *doivent être séparés des adultes, sauf si leur intérêt commande qu'ils ne soient pas séparés de leur famille*. V. également, le Commissaire aux droits de l'homme qui indique que « *le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'applique pleinement aux enfants migrants* », comme tous ses autres droits fondamentaux.

²³ Depuis 1997 pour le Conseil d'État : CE 22 septembre 1997, *Melle Cinar*, JCP 1998.II.10052, note A. Gouttenoire ; JDI 1998.721, note I. Barrière Brousse ; *Petites Affiches*, 26 janvier 1998, n° 11, p. 17, note M. Reydellet. Depuis 2005 pour la Cour de cassation : Civ. 1^e, 18 mai 2005 et 14 juin 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 679, note D. Bureau ; *Clunet* 2005. 1131, note C. Chalas ; JCP 2005. II. 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; 10081, note Y. Strickler et F. Granet ; *Defrénois* 2005. 1418, obs. J. Massip ; D. 2005. 1909, V. Egéa ; D. 2006. 554, note F. Boulanger ; *RTDCiv.* 2005. 556, obs. R. Encinas de Munagorri, p. 585, obs. J. Hauser, p. 627, obs. P. Théry, p. 750, P. Rémy-Corlay ; *Dr. famille* 7-8/2005, n°156, obs. A. Gouttenoire.

²⁴ La CEDH se réfère à l'intérêt de l'enfant depuis 1996 : CEDH 7 août 1996, *Johansen c. Norvège*, JCP G. 1997. I. 4000, obs. F. Sudre. Dans divers domaines : par exemple à propos des déplacements illicites d'enfants, V. CEDH 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruck c/ Suisse*, 41615/07, § 135 ; en matière de protection de l'enfance, CEDH 10 septembre 2019, *Strans Lobben et autres c. Norvège*, n°37383/13 ; et bien sûr en matière d'enfants migrants, CEDH 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, n°8687/08, JCP G 2011. 1506, chron. F. Sudre. CEDH 28 février 2019, *Khan c. France* D. 2019. 1092, note A-B. Caire et 1096, entretien K. Parrot : JCP G 2019, Actu. 318, obs. F. Sudre. D. actu. 5 mars 2019, obs. D. Goetz ; *Gaz. Pal.* 12 mars 2019, p. 40, obs. C. Berlaud. CEDH 28 février 2019, *H.A et autres c/ Grèce*, req. n°19951/16, préc. *supra* note n°13 ; *M.D c/ France*, préc. *supra* note n°13.

s'y réfère de plus en plus²⁵. Et puis, récemment le Conseil constitutionnel est venu ajouter à la liste de ces jurisprudences en érigeant au rang d'exigence constitutionnelle la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶.

5. On le voit, c'est indéniable, l'intérêt supérieur de l'enfant bénéficie d'un ancrage exceptionnel en droit français. Cette formule, par son contenu et sa proclamation répétée, est symboliquement très forte, mais il peut être légitime de se demander si elle se cantonne à une simple formule incantatoire ou bien si elle a des incidences concrètes en matière de protection. Schématiquement, rappelons d'abord que l'intérêt de l'enfant est un standard juridique sur lequel la législation, interne ou internationale, peut s'appuyer ; ensuite, qu'au-delà de ce standard juridique, l'intérêt de l'enfant devient un outil d'appréciation entre les mains des juges ou des autorités, un critère de mise en œuvre d'une règle. Quelle est alors l'efficacité dans la protection de l'enfant migrant de cette « notion-outil » qu'est l'intérêt de l'enfant ? Nous verrons le rôle de l'intérêt de l'enfant comme instrument de protection aussi bien dans sa fonction abstraite au soutien d'une norme (I) que dans sa fonction concrète au soutien de la prise de décision (II).

1. L'intérêt de l'enfant en tant que support de la norme

6. L'enfant a un droit fondamental à ce que son intérêt supérieur soit systématiquement pris en considération dès lors qu'une décision ou un acte le concernant est pris. Son intérêt est prioritaire sur toute autre considération²⁷. L'intérêt de l'enfant n'est défini dans aucun des textes qui l'emploie, ni par aucune décision de jurisprudence²⁸. Évoquant la notion d'intérêt, Carbonnier écrivait qu'il est une « notion passe-partout de la législation moderne » qui « se

²⁵ V. CJUE, gde ch., 27 juin 2006, aff. C-540/03, à propos de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 sept. 2003, relative au droit au regroupement familial, *D.* 2006. 1988 ; *AJDA* 2006. 2285, note L. Burgorgue-Larsen ; *RDT* 2007. 61, obs. S. Robin-Olivier ; *RFDA* 2007. 101, étude H. Labayle ; *RTD eur.* 2006. 673, étude B. Masson. Plus récemment, CJUE 6 juin 2013, aff. C-648/11.

²⁶ CC. 21 mars 2019, n°2018-768 QPC, *D.* 2019. 709, note H. Fulchiron, « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant » ; 742, note. P. Parinet : « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les MNA », 1732, obs. A. Gouttenoire ; *Rev. crit. DIP* 2019. 972, note F. Jault-Seseke ; *Dr. famille* juin 2019. 135, note ph. Bonflis : « Examen osseux et consécration d'une dimension constitutionnelle de l'intérêt de l'enfant » ; *RJPF* juin 2019, p. 17, obs. E. Putman et S. Cacioppo ; *Rev. DH, Lettres ADL*, 21 juin 2019, note P. de Corson, « Examens radiographiques osseux : quand le Conseil constitutionnel fait rimer absence de fiabilité avec conformité » ; *AJDA* 2019. 662, et 1448, note T. Escach-Dubourg ; *AJ fam.* 2019. 222, obs. A. Bouix ; *RDSS* 2019. 453, note A.-B. Cairo ; *Constitutions* 2019. 152, et 261, note C. Pouly. Sur cette décision, V. *infra* n°12.

²⁷ V. *infra* n°9.

²⁸ I. Théry, « La notion d'intérêt de l'enfant : vecteur de coopération ou d'interférence ? », *Droit et société* n°22, 1992.

dérobe aux définitions »²⁹. L'intérêt de l'enfant réunit pourtant sous sa bannière un certain nombre d'objectifs, de valeurs, ou même de droits fondamentaux³⁰ que certaines normes cherchent à exprimer, de manière plus ou moins générale. Certaines règles posent l'intérêt de l'enfant comme un objectif général³¹, ou au contraire comme le fondement d'un ensemble de règles³². D'autres poursuivent un objectif précis, lequel est nécessairement justifié par l'intérêt de l'enfant. D'autres encore recourent à l'intérêt de l'enfant afin d'asseoir une présomption³³, que le juge pourra renverser si, dans le cadre de son appréciation concrète, il apparaît que l'intérêt de l'enfant est autre. Celui-ci se trouve alors décliné en de multiples règles matérielles³⁴, lesquelles ont toutes comme fondement sous-jacent l'intérêt de l'enfant³⁵. Notion à contenu variable par excellence, l'intérêt de l'enfant procède d'une « technique législative d'imprévisibilité organisée »³⁶. Mais, quelle est la portée exacte de ces mentions protéiformes de l'intérêt de l'enfant aux différentes strates de notre législation ?

7. La question s'inscrit nécessairement dans le cadre de celle, plus large, de l'efficacité des droits fondamentaux³⁷. L'affirmation de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein de ses droits fondamentaux fixe d'abord une orientation aux différents législateurs. Ceux-ci ensuite, en multipliant les apparitions de l'intérêt de l'enfant dans les différents textes internes en offrent une certaine banalisation, permettant que la notion devienne alors tout à la fois une norme standard et incontournable³⁸. La mention quasi-systématique de l'intérêt de l'enfant dans les textes internationaux et internes le concernant constitue ainsi un mode

²⁹ J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *Travaux du Centre national de la recherche de la logique*, Bruylant, 1984, p. 99, spéc. p. 103. F. Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995. 249, spéc. p. 265. A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, *Droit des mineurs*, Dalloz 2^e éd. 2014, spéc. n°95.

³⁰ Sur les droits fondamentaux de l'enfant migrant, C. Lazerges, « Les droits fondamentaux des mineurs non accompagnés », préc.

³¹ V. par exemple en matière d'autorité parentale, l'art. 371-1 du Code civil : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

³² V. par exemple la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, <https://www.hcch.net> dont le mécanisme de retour immédiat est fondé sur l'idée qu'un enfant ne doit pas être privé brutalement et unilatéralement de l'un de ses parents par l'autre parent.

³³ E. Gallant, note sous Civ. 1^e, 13 mars 2007, n°06-17.869, *Rev. crit. DIP* 2007. 603.

³⁴ Par ex. en matière de rétention des mineurs, V. art. L.551-1 Ceseda.

³⁵ Sur les différentes formes d'intervention de l'intérêt de l'enfant, A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, préc., spéc. n°97 et s.

³⁶ J. Carbonnier, préc. spéc. p. 104.

³⁷ J-P. Marguénaud, « La convention européenne des droits de l'Homme et le droit français : approches par le droit privé », in *Mélanges J.-C. Gautron*, Pédone, 2004. 155.

³⁸ V. par exemple la place accordée à l'intérêt de l'enfant dans le rapport I. Théry et A-M. Leroyer, « Filiation, origines, parentalité », 2014, qui montre bien qu'aujourd'hui, le droit interne ne peut s'affranchir de la référence à l'intérêt de l'enfant.

incomparable de promotion. Enfin, en considérant que l'article 3-1 de la CIDE est d'applicabilité directe, les juridictions internes garantissent aux justiciables la possibilité de recourir à l'intérêt de l'enfant dans le cadre des procédures judiciaires les concernant et lui assurent de ce fait une certaine efficacité. Surtout en ce domaine, le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme est incomparable.

II. L'intérêt de l'enfant en tant qu'outil d'appréciation

8. L'intérêt de l'enfant possède la particularité d'être une « notion-outil » qui, tout en cherchant à protéger des valeurs en imprimant un contenu à diverses règles matérielles, est aussi un critère d'appréciation permettant aux autorités concernées de moduler leurs décisions en fonction de l'intérêt concret de l'enfant³⁹. Ces autorités peuvent être les autorités judiciaires, mais plus largement toute autorité ou institution chargée de prendre une décision, ou d'accomplir un acte concernant l'enfant⁴⁰. Le recours à l'intérêt de l'enfant en tant que critère d'appréciation est généralement critiqué, comme source d'incertitude, d'imprévisibilité et surtout d'arbitraire⁴¹, devant être utilisé avec parcimonie⁴². Il est aussi source de souplesse et permet de façon indispensable de nuancer l'application de la règle générale⁴³. Mais il est nécessairement fonction de l'humain qui le met en œuvre⁴⁴.

9. Les textes internationaux ne visent pas seulement l'intérêt de l'enfant, mais son intérêt « supérieur »⁴⁵. La supériorité de l'intérêt de l'enfant a largement été commentée⁴⁶. « Supérieur à quoi ? » s'interrogeait Michelle Gobert lors d'une conférence donnée à la Cour

³⁹ Ainsi par exemple, en matière d'adoption, l'art. 353 al 1^{er} du Code civil prévoit que bien que les conditions de l'adoption soient réunies, le tribunal peut ne pas la prononcer si elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi encore, il est recommandé que les enfants soient tenus éloignés des adultes lorsqu'ils se trouvent en rétention, sauf si leur intérêt commande qu'ils restent avec des adultes, V. *supra* note n°22.

⁴⁰ V. les art. 3-1 de la CIDE et l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, préc. *supra* n°4.

⁴¹ J. Carbonnier, note sous CA Paris, 30 avril 1959, *D.* 1960. 673, spéc. p. 375. M. Gobert, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Colloque Cour de cassation 2006, Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, 9^e conférence : <https://www.courdecassation.fr>.

⁴² Pour d'autres raisons, P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 365.

⁴³ En ce sens, A. Gouttenoire et Ph. Bonfils, préc., spéc. n°95.

⁴⁴ M. Gobert, préc. spéc. p. 18.

⁴⁵ « The best interests » dans la version anglaise de l'art. 3-1 de la CIDE.

⁴⁶ V. not. C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, PUAM 2001, spéc. n°86. F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, PUF 2004, Coll. Que sais-je ?, spéc. p. 6.

de cassation en 2006⁴⁷. En réalité, tant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que la CIDE soulignent que l'intérêt supérieur de l'enfant *doit être une considération primordiale*, pour les législateurs comme pour les autorités chargées de l'apprécier et de le mettre en œuvre. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant doit être au cœur des préoccupations des autorités et le caractère éminemment nécessaire de sa prise en compte dans les décisions qui le concernent doit précisément être rappelé à propos des enfants migrants et des mineurs non accompagnés.

10. Or, actuellement non seulement le besoin de protection des enfants migrants n'est pas comblé –et de loin–, mais de nombreuses pratiques illégales, particulièrement intolérables, sont également dénoncées. Il suffit pour s'en convaincre de lire les faits ayant conduit à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Khan c/ France*⁴⁸ ou encore la multitude de récits et témoignages relayés par les associations⁴⁹. Il ne peut être fait à ce stade d'autre constat que celui de la défaillance de l'outil intérêt de l'enfant dans le cadre de la prise en charge des enfants migrants et plus particulièrement des mineurs non accompagnés. Sans doute l'afflux des demandes de protection et la saturation des services départementaux en constitue la principale raison⁵⁰, sans que cela permette pour autant de se satisfaire de la situation actuelle et de la réponse apportée.

11. Quand bien même serait-il mis en œuvre, l'outil intérêt de l'enfant est d'une application non unifiée. Il n'y a en effet pas d'unité entre les pratiques, non seulement entre les différents États membres du Conseil de l'Europe, mais également en France, selon que l'autorité administrative ou judiciaire est saisie, ou même entre les différents départements. Une certaine régulation est donc à attendre de la part des plus hautes juridictions, notamment du Conseil d'État ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Le constat, là encore, reste insuffisant car en effet, et malgré l'intense activité de la CEDH en la matière,

⁴⁷ M. Gobert, préc., spéc. p. 17.

⁴⁸ CEDH 28 février 2019, *Khan c/ France*, req. n°12267/16, préc. *supra* note n°24.

⁴⁹ V. par ex. « Moi, D., 5 ans, seul devant le juge et expulsé », Anafé et Gisti, <http://www.anafe.org/spip.php?article327> V. aussi les sites du GISTI, <https://www.gisti.org> et de Médecins sans frontières, <https://www.msf.fr> En doctrine, V. L. Aït Ahmed, E. Gallant, H. Meur (Dir), *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?* éd. IRJS, 2019. Not. K. Parrot, « Les mineur.es isolé.es à la frontière entre infra-droit et non-droit », préc. spéc.p. 63 » ; P. de Corson, « Le défi de la détermination de l'âge des mineurs isolés », préc. V. également, sur la question de la rétention des enfants, P. Klötgen, « Présence de mineurs en centre de rétention : les conditions posées par la Cour européenne des droits de l'homme », préc.

⁵⁰ En ce sens, F. Monéger, préc.

pour un recours porté devant elle et une décision protégeant l'intérêt de l'enfant, combien de maltraitances ? Combien d'enfants abandonnés, non protégés ?

12. À cet égard la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel mérite quelques observations. En 2019, le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions sur QPC, l'une portant sur l'article 388 du Code civil, qui « encadre » le recours aux tests osseux afin de déterminer l'âge des mineurs non accompagnés⁵¹, l'autre portant sur les modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et la création d'un traitement des données à caractère personnel⁵².

S'agissant de la décision concernant les tests osseux, le Conseil constitutionnel a pour la première fois consacré la protection de l'intérêt de l'enfant comme exigence constitutionnelle⁵³. Selon le Conseil constitutionnel, il n'existe pas de référence directe à l'intérêt de l'enfant dans le bloc de constitutionnalité, mais une exigence de protection de l'intérêt de l'enfant peut être déduite des 10^e et 11^e alinéas du Préambule de Constitution de 1946⁵⁴. Cette décision implique que désormais, le Conseil constitutionnel contrôle le respect de l'intérêt de l'enfant. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution l'article 388 du Code civil qui autorise en l'encadrant le recours aux tests osseux dans le cadre de la détermination de l'âge des jeunes personnes dont on ne sait pas si elles sont majeures ou mineures⁵⁵.

⁵¹ CC. 21 mars 2019, n°2018-768 QPC, *D.* 2019. 709, note H. Fulchiron, « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant » ; 742, note. P. Parinet : « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les MNA », 1732, obs. A. Gouttenoire ; *Rev. crit. DIP* 2019. 972, note F. Jault-Seseke ; *Dr. famille* juin 2019. 135, note ph. Bonflis : « Examen osseux et consécration d'une dimension constitutionnelle de l'intérêt de l'enfant » ; *RJPF* juin 2019, p. 17, obs. E. Putman et S. Cacioppo ; *Rev. DH*, Lettres ADL, 21 juin 2019, note P. de Corson, « Examens radiographiques osseux : quand le Conseil constitutionnel fait rimer absence de fiabilité avec conformité » ; *AJDA* 2019. 662, et 1448, note T. Escach-Dubourg ; *AJ fam.* 2019. 222, obs. A. Bouix ; *RDSS* 2019. 453, note A.-B. Caire ; *Constitutions* 2019. 152, et 261, note C. Pouly. *Adde*, A. Gelblat et R. Medard Inghilterra, « L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle », *RevDH* 16/2019.

⁵² CC. 26 juillet 2019, *Unicef France et autres*, n°2019-797 QPC, *AJDA* 2019. 2133, note D. Burriez : « Une curieuse conciliation entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la lutte contre l'immigration irrégulière ». ; *JA* 2019, n° 604, p. 10, obs. S. Zouag ; *D.* 2020. 298, pan., O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot ; *Constitutions* 2019. 387, chron. L. Carayon ;

⁵³ Exigence reprise par le CE, ord. 3 avril 2019, req. n°428477.

⁵⁴ Aux termes des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁵⁵ Issu de la loi du 14 mars 2016, l'article 388 du Code civil dispose : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de

De la même manière, dans sa décision « fichiers » du 26 juillet 2019, le Conseil constitutionnel a rappelé l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et considéré que l'article L-611-6-1 du CESEDA était conforme à la Constitution⁵⁶. Ce texte, issu de la loi du 10 septembre 2018, prévoit la création d'un fichier d'appui à l'évaluation de la minorité. Il s'agit d'un fichier national biométrique qui contient les empreintes digitales et les photographies de ceux qui se déclarent mineurs et qui sont privés de leur famille. Il a été mis à la disposition des départements afin de déterminer leur entrée dans le dispositif de l'Aide sociale à l'enfance⁵⁷, dans le but d'éviter que des personnes soient indûment considérées comme majeures.

13. Les deux décisions ont fait l'objet de vives critiques : globalement, on a reproché au Conseil constitutionnel de consacrer une vision abstraite de l'intérêt de l'enfant et de ne pas tenir compte des implications concrètes des garanties prévues par les textes.

Dans la décision « tests osseux », le Conseil constitutionnel a raisonné en deux temps : d'abord, il a déduit de cette exigence de protection de l'intérêt de l'enfant que le recours aux tests osseux ou les modalités d'évaluation des mineurs devaient être entourés des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures. Ensuite, il a considéré que la loi contenait les garanties suffisantes et que l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant était remplie. Finalement, le Conseil constitutionnel a appliqué sa jurisprudence habituelle, selon laquelle il refuse d'abroger la loi lorsque celle-ci contient les garanties suffisantes. Dans la mesure où c'est son application qui est en cause, ce sont les juridictions judiciaires ou administratives qui doivent mettre en œuvre ces garanties⁵⁸.

l'intéressé. Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé ».

⁵⁶ Art. L.611-6-1 Cesda : « Afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Le traitement de données ne comporte pas de dispositif de reconnaissance faciale à partir de la photographie. Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure. La conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle ».

⁵⁷ D. n° 2019-57 du 30 janvier 2019, V. Avena-Robardet, « Fichage des mineurs non accompagnés », *AJ fam.* 2019. 62 ; D. Burriez, « L'étatisation de la protection des mineurs isolés étrangers », *AJDA* 2019. 802.

⁵⁸ Pour la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, V. F. Monéger, préc. F. Jault-Seseke, note sous CC. 21 mars 2019, préc. *Rev. crit. DIP* 2019. 972.

Dans la décision « fichiers », là encore, le Conseil constitutionnel affirme que l'évaluation de la minorité doit être entourée de garanties, mais on lui reproche de ne pas avoir vérifié que le dispositif était effectivement assorti de ces garanties. De fait l'examen de ces garanties est moins minutieux dans la décision « fichiers » qu'il ne l'a été dans la décision « tests osseux ». On peut alors entrevoir ici les limites de l'exigence constitutionnelle de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, car ce qui est reproché en réalité aux dispositions législatives incriminées, c'est surtout leur manque de précision et leurs difficultés de mise en œuvre. Or, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité du contenu de la loi à la Constitution, et non pas son application.

12. Défaillant dans son utilisation actuelle, l'intérêt de l'enfant n'en reste pas moins une formidable source inspiratrice de protection de l'enfant. Si l'intérêt de l'enfant en tant que critère d'appréciation pouvait voir son utilisation généralisée par toutes les autorités concernées, y compris dès les premières interventions, l'outil pourrait se voir ainsi amélioré. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être protégé, comme l'affirme dorénavant le Conseil constitutionnel, ce qui signifie qu'il doit être une considération primordiale dans toute décision le concernant. Là est la force de l'intérêt « supérieur » de l'enfant, même si l'on voit qu'il y a encore des progrès à réaliser...