L'expertise de détermination de l'âge : la vérité tombe toujours sur un os

par Jean-Luc Rongé

«Le juge est contraint d'accorder foi à la science dont il ne maîtrise ni la connaissance ni la méthode, mais il n'est pas asservi à la preuve scientifique» [1].

Dans le cas des jeunes étrangers isolés, l'âge importe sur un certain nombre de droits qui découlent de l'état de minorité : l'enfant étranger ne peut faire l'objet d'un éloignement du territoire [2]; il doit être représenté dans le cadre de la procédure de maintien en zone d'attente ou d'asile [3]; il peut obtenir la nationalité française à sa majorité s'il a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq années ou si, depuis au moins trois années, il a été confié au service de l'aide sociale à l'enfance [4].

En matière pénale, le* «privilège de juridiction» ***dont bénéficie l'enfant ouvre un certain nombre de droits, dont la présence d'un avocat à ses côtés dès la garde à vue, la priorité donnée aux mesures éducatives, la limitation de la détention provisoire ou des peines privatives de liberté à certaines infractions en fonction de l'âge et la réduction de l'emprisonnement à la moitié de la peine encourue, au nom de l'excuse de minorité [5].***

En outre, l'enfant étranger peut faire l'objet d'une mesure de protection accordée par le juge des enfants, voire d'un accueil d'urgence par les services de l'aide sociale à l'enfance [6], pour autant que celui-ci en avise immédiatement le procureur de la République ou saisisse directement le juge des enfants [7].

Dans le cas où le juge des enfants n'a pas encore été saisi, le procureur, averti de la situation, peut confier provisoirement le mineur à l'ASE ou à un centre d'accueil ou d'observation, voire le remettre à ses parents s'ils se manifestent ou à un tiers digne de confiance [8]. Le pouvoir du parquet des mineurs est pourtant plus limité que celui du juge : tout d'abord dans le temps : il est tenu de saisir le juge des enfants dans la huitaine de l'ordonnance de placement provisoire (OPP); dans la compétence : les OPP du parquet n'obéissent pas au même régime juridique que les ordonnances du juge. Notamment, le procureur ne devrait pas disposer du pouvoir de modifier la mesure. «*La seule obligation faite au procureur de la République* (…) *est de saisir le juge des enfants*» [9].

Pour bénéficier de ces droits et faire l'objet des mesures accordées aux enfants, il peut paraître légitime que se pose la question de l'état de minorité. Lorsque le mineur est né à l'étranger, ne dispose pas de la nationalité française, la première question qui vient à

---

(1) *Guy Canivet, discours d'ouverture du colloque du 24 mars 2000,* «Le droit des preuves au défi de la modernité», *La documentation française.*

(2) *Art. L.511-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).*

(3) *Art. L.221-5 et L.751-1 du CESEDA relatifs à l'administrateur ad hoc.*

(4) *Art. 21-12 du code civil.*

(5) *Ordonnance du 2 février 1945.* «Aujourd'hui, il apparaît que le *«niveau d'exigence croissant en matière de portection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales implique parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques».* Ce faisant, les États ont désormais l'obligation d'assurer une protection effective et efficace des enfants et autres personnes vulnérables. La prise en compte de l'âge de l'individu est donc devenue une donnée indispensable lorsqu'il est nécessaire de procéder à l'évaluation concrète de l'atteinte à l'intégrité physique» *(F. Coguleet-Bonnet,* «L'incidence de l'âge sur les droits de l'Homme et les libertés fondamentales», *Éd. Jeunesse et droit, 2008, n° 29, p. 17, citant deux arrêts de la CEDH.*

(6) *L'art. 1er de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance a introduit dans le code de l'action sociale et de la famille (CASF) un art. L. 112-3 dont la finale prévoit* «La protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge». *Les travaux parlementaires visaient particulièrement la situation des mineurs étrangers isolés.*

(7) *L'art. L.223-2 du CASF prévoit en son alinéa 2 :* «En cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la République»*; aux al. 4 et 5 :* «Si, dans le cas prévu au deuxième alinéa du présent article, l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de cinq jours, le service saisit également l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du code civil.

Le recours à l'expertise osseuse est quasi systématique à l'égard des adolescents

l'esprit est de savoir s'il dispose de documents établissant son identité. La question que se posent systématiquement les policiers chargés du contrôle aux frontières, les membres du parquet et même les responsables de certains services départementaux d'aide sociale est le doute qu'on peut émettre sur la validité des documents produits – quand il y en a - ou encore de savoir si celui qui en est le porteur correspond bien à la personne qui y est identifiée.

Au cours du colloque organisé par la défenseure de l'enfant le 20 juin 2008 [10], **M. François Sottet**, premier substitut, chef de la section des mineurs au TGI de Paris présentait la position du parquet à l'égard du recours aux expertises pour la détermination de l'âge d'une personne se présentant comme mineure : «*Dans cette période antérieure* [à la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance*], les expertises d'âge étaient ordonnées par le parquet, pratiquement exclusivement en matière de protection, à la demande de l'Aide sociale à l'enfance. Ce n'est pas pour me défausser d'une quelconque responsabilité, mais vous comprenez bien que l'économie du dispositif faisait en sorte que l'Aide sociale à l'enfance décidait ou non finalement de prendre en charge les mineurs. Quand elle avait un doute sur leur minorité, elle nous adressait une demande de réquisition; c'est donc dans ce cadre qu'étaient faites les demandes d'examen d'âge osseux.*

Depuis mars 2007, les choses ont changé. C'est maintenant le parquet qui saisit le juge des enfants, quand il estime que c'est la solution adéquate (…)».

Une difficulté a été soulevée récemment par la chambre des mineurs de la cour d'appel de Paris. En effet, un certain nombre de personnes se présentent avec un extrait d'acte de naissance. La question est de savoir si cet acte s'applique bien à la personne qui le présente. Il est très facile, y compris pour l'un d'autre nous, de se procurer un extrait de naissance de son petit cousin ou de son petit frère. La validité intrinsèque de l'acte n'est pas en cause, mais c'est l'applicabilité à la personne qui est en sa possession qui peut parfois être sujette à caution. En cas de doute, la cour d'appel de Paris a rappelé qu'il appartient à celui qui produit le document attestant sa minorité de démontrer qu'il lui est bien applicable.

«Il ne s'agit pas de mettre en doute systématiquement l'applicabilité de ces documents, mais quand la discordance est flagrante entre l'apparence de celui qui se prévaut de cet acte et les mentions qu'on peut avoir sur cet acte, nous sommes bien évidemment conduits à faire une expertise, pour essayer d'arbitrer sur ces difficultés. Voilà notre pratique».

Des pratiques violant la loi et la déontologie

Cette version des choses est par ailleurs contredite par des associations et des travailleurs sociaux selon lesquels le recours à l'expertise osseuse est quasi systématique à l'égard des adolescents que **l'Aide sociale à l'enfance de Paris** présente au parquet aux fins d'obtenir une OPP, que celui-ci ne prend pas, en général. Certaines informations font état de la demande par les responsables de l'ASE – voire d'associations d'aide en première ligne - à ce qu'il soit procédé aux expertises de détermination de l'âge quand les agents de l'ASE expriment des doutes sur la minorité alléguée dans le cadre de leur évaluation sociale, en préconisant cet examen au parquet. Par cet acte, les responsables sociaux outrepassent les compétences départementales et violent la relation de confiance que doit établir leur service avec tout demandeur d'aide : leur rôle est d'accueillir le jeune et de faire une évaluation sociale de sa situation [11], sachant que l'évaluation légale relève des autorités judiciaires. En ce sens, la présomption de minorité, alléguée parfois par les seules déclarations du demandeur d'aide doit être mentionnée, sans considérations subjectives dont on sait que celles-ci conduisent aux dérives constatées. La pratique du **parquet de Rennes** fut notamment dénoncée dans le même colloque par **M. Robert Denieul**, directeur général adjoint du pôle action sociale, au Conseil général d'Ille-et-Vilaine selon lequel «*la façon de faire ces expertises est pour le moins inquisitoriale. On déboule dans les établissements éducatifs ou dans les familles d'accueil; on prend les jeunes; on les emmène au commissariat; on fait une audition et on regarde si leurs papiers sont en règle. Puis, on les envoie faire l'expertise. Je ne vous parle pas des explications, du consentement et du fait qu'on accepte que le jeune soit accompagné par ses éducateurs référents ou, éventuellement, par une autre personne*».

Si l'expertise osseuse conclut à la majorité, cela signifie la garde à vue et le centre de rétention. Puis s'enchaînent ensuite toutes les procédures administratives et judiciaires.

En cas de danger immédiat ou de suspicion de danger immédiat concernant un mineur ayant abandonné le domicile familial, le service peut, dans le cadre des actions de prévention, pendant une durée maximale de soixante-douze heures, accueillir le mineur, sous réserve d'en informer sans délai les parents, toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou le tuteur, ainsi que le procureur de la République. Si au terme de ce délai le retour de l'enfant dans sa famille n'a pas pu être organisé, une procédure d'admission à l'aide sociale à l'enfance ou, à défaut d'accord des parents ou du représentant légal, une saisine de l'autorité judiciaire est engagée».

(8) *Art. 375-5 CC :* «À titre provisoire mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4.

En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure. Si la situation de l'enfant le permet, le procureur de la République fixe la nature et la fréquence du droit de correspondance, de visite et d'hébergement des parents, sauf à les réserver si l'intérêt de l'enfant l'exige».

(9) *Voy. C.A. Douai, 7 novembre 1995, JDJ n°269 - novembre 2007 et comm. J-L. Rongé* «Le «trou noir» de l'assistance éducative», *ibid. p. 57 -59.*

(10) *Les actes du colloque peuvent être téléchargés sur http://www.defenseurdesenfants.fr/.*

(11) *Art. L.223-1 et L.223-2 CASF.*

«Nous avons eu l'exemple d'un jeune qui s'est fait arrêter dans le cadre d'un contrôle d'identité dans le métro rennais. Il était sous la protection de nos services, dans le cadre d'une mesure de tutelle. Le Président du Conseil général avait officiellement la tutelle de ce jeune, considéré par la justice comme étant effectivement mineur et ayant besoin d'une protection. Après ce contrôle d'identité dans le métro, il a été envoyé au commissariat. On lui a fait passer des tests osseux et il a été déclaré majeur. Cela a été confirmé ensuite par une autre autorité judiciaire».

À Marseille, selon la représentante d'une association «*la position actuelle du parquet* (…) est *de ne prendre aucune décision tant que le mineur n'a pas été signalé à la PAF et ne se sera pas soumis à la radiographie osseuse*», tandis qu'**à Lyon** il a été décidé de ne plus recourir à l'expertise d'âge, sans que cela crée «*l'appel d'air*» que certains prétendaient redouter.

Des expertises oiseuses

Ce qui interpelle, ce n'est pas tant la question que les parquets peuvent se poser sur l'âge réel de la personne, mais sur la façon de procéder en dehors du cadre légal : «*expertise*» en dehors de toute procédure judiciaire, défaut de consentement du mineur à l'examen clinique, absence d'interprète en présence des médecins [12], examen unique par la radiologie des os du poignet, sans se soucier de l'exposition aux radiations ou même procéder à la vérification, s'il s'agit d'une fille, qu'elle ne soit pas en état de grossesse, etc.

On peut même ajouter la tendance des rapports d'expertise à déterminer un «*âge fixe*» (18 ans, 19 ans) en ne faisant pas état de la marge d'erreur probable de 18 mois, suivie par celle consistant à «*rehausser*» l'âge «*constaté*» dès lors que des voix s'élèvent contre la fiabilité de ces «*expertises*» et insistent sur l'existence d'une marge d'erreur (on marquera plus souvent un âge supérieur à 19 ans).

Au cours du même colloque, **Me Dominique Attias**, membre du conseil de l'ordre des avocats de Paris et responsable de l'antenne «*mineurs*» du barreau rappelait un cas dont la presse s'était fait l'écho : une mineure de 12 ans, d'origine bosniaque, avait été détenue au quartier des femmes de la prison de Fleury-Mérogis, à la stupéfaction des membres du personnel pénitentiaire. Le médecin de l'unité de consultations et de soins ambulatoires de la prison avait pourtant établi un certificat précisant un âge compris entre 11 et 12 ans, ce qui eût dû prohiber la détention dans un établissement pénitentiaire. Mais elle y avait été envoyée par le juge de la liberté et de la détention sur base des conclusions d'une expertise osseuse, malgré son inscription au registre de l'état civil de Bosnie et le passeport qu'elle détenait. Mais le JLD, dans ses attendus, avait tenu à préciser : «*Il est vrai que ce n'est pas un faux passeport, mais rien ne permet de le rattacher de façon formelle à la mineure*». Ce qui fait dire à l'avocat : «*On se retrouve avec un passeport, sur lequel figure une photo, mais est-ce quand même la bonne personne ?*».

Défaut de science et d'éthique

Critiquant les méthodes de détermination de l'âge par le recours à l'examen radiographique de la main et du poignet, au moyen de l'atlas «*Greulich et Pyle*» ou de la méthode «*Tanner et Whitehouse*», **le Comité consultatif national d'éthique** [13] **(CCNE)**, saisi par la défenseure des enfants en 2004, avait répondu en précisant que ces critères étaient utilisés en médecine «*non pas pour déterminer l'âge chronologique, mais pour apprécier l'âge biologique dans un contexte médical où seul l'âge* «biologique» *compte. Cette discordance entre âge réel et âge biologique est, comme on l'a vu, accrue par l'existence de plus d'un demi-siècle de changements morphologiques qui ont évolué de façon hétérogène selon les pays*» et compte tenu de l'importante imprécision de la procédure, notamment de la grande incertitude entre 15 et 20 ans, répondait par la négative à «*la question éthique de l'utilisation sans discernement de paramètres scientifiques à des fins juridiques*».

Les autres méthodes de détermination de l'âge ne trouvaient guère plus de grâce aux yeux du Comité : «*Non seulement le développement dentaire et la manifestation des signes de puberté sont très hétérogènes selon les personnes, mais des modifications majeures concernant l'âge de leur survenue, liées à divers facteurs environnementaux, rendent de plus en plus aléatoire l'interprétation individuelle et la fixation d'un âge chronologique réel*».

Le CCNE précisait «*Si l'on admet que dans le cadre d'une démarche à visée scientifique,* «tout ce qui n'est pas scientifique n'est pas éthique», *on peut s'inquiéter du statut profondément ambigu de cette forme d'expertise, et du statut de l'*«expert» *médical dans un tel contexte*» et suggérait que l'emploi des techniques médicales actuelles «*soit relativisé de façon telle que le statut de mineur ne puisse en dépendre exclusivement*».

Dans le même sens, **l'Académie de médecine** [14], saisie par les ministères de la justice et de la santé en 2006, constatait que «*la lecture de l'âge osseux permet d'apprécier avec une bonne ap-*

---

(12) *Code de la santé publique, art. L.111-4, al.3 :* «Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment»*; al. 6 :* «Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision». *Le principe de l'inviolabilité du corps humain découle de l'article 16 du code civil :* «Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne».

(13) *Avis du CCNE n° 88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques (23 juin 2005), reproduit dans JDJ n° 277, septembre 2008, p. 44-46.*

(14) *Rapport au nom d'un groupe de travail émanant de la commission IX 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, reproduit dans JDJ n° 277, septembre 2008, p. 46-47.*

proximation l'âge de développement d'un adolescent en dessous de 16 ans. Cette méthode ne permet pas de distinction nette entre 16 et 18 ans» et qu'une certaine fiabilité pourrait être accordée aux méthodes utilisées pour autant qu'elles fassent l'objet d'une double lecture dont au moins une par un spécialiste de radio ou endocrino-pédiatrique que les autres examens du développement pubertaire soient entrepris, sachant que «*l'évolution concordante des différents paramètres pendant une période de 6 mois est un moyen fiable de vérifier l'âge évalué lors du premier examen*». Se référant aux conclusions du CCNE, l'Académie souhaitait «*qu'en toutes circonstances, la personne* «des mineurs étrangers isolés», *soit respectée (…) en s'entourant des précautions qui se réfèrent aux règles de bonne pratique médicale et du respect de l'individu*».

Au cours du colloque du 20 juin 2008, deux praticiens de ces expertises, le docteur **Caroline Rey- Salmon**, pédiatre et responsable de l'unité médico-judiciaire de l'hôtel-Dieu et de l'hôpital Armand Trousseau de Paris et le professeur **Catherine Adamsbaum**, radiologiste et expert auprès de la cour d'appel de Paris, peu convaincues que la méthode «*Greulich et Pyle*» soit une «*science exacte*», considèrent néanmoins que «*en pratique médicale quotidienne, on estime le taux de reproductibilité acceptable, autour d'un an à dix-huit mois, sans qu'il y ait de preuves scientifiques à cette fourchette, à condition que le lecteur soit bien entraîné – il faut que ce soit un radiopédiatre, un endocrino-pédiatre, un médecin légiste, etc.*».

Elles ont proposé des protocoles qui seraient sensés rendre plus fiables les recherches entreprises pour la détermination de l'âge. Le docteur **Rey- Salmon**, régulièrement requise par le parquet de Paris croit avoir trouvé un protocole envisageant «*une synthèse des différentes estimations effectuées, avec une mise en exergue des points éventuels de discordance*» : «*nous pratiquons un examen clinique et nous estimons l'âge dentaire et l'âge osseux.* (…) *Nous répondons à deux questions : l'âge allégué est-il compatible avec nos constatations et quelle est la fourchette d'estimation, selon les recommandations du CCNE en juillet 2005 ?*».

La défenseure des enfants dans les recommandations qu'elle formule [15], soutient «*dans les cas où cette détermination s'avère indispensable*», la création d'un protocole national reposant sur «*un entretien avec l'enfant, une série d'examens médicaux rapportée aux déclarations de l'intéressé, une double interprétation des résultats radiologiques avec la consultation obligatoire et en temps réel d'un radio-pédiatre. Une liste nationale de radio-pédiatres peut être établie et validée par les autorités judiciaires. Une conclusion du praticien sous la forme d'une fourchette d'âge*».

On est surpris de lire que la fiabilité d'un tel examen découlerait du cumul de méthodes d'analyse plus critiquables les unes que les autres, sachant notamment que l'analyse du développement pubien ou dentaire conduit à autant d'erreurs que l'examen radiologique régulièrement pratiqué. On soulignera le paradoxe dans lequel évoluent les docteurs Rey-Salmon et Adamsbaum qui ont influencé la position de la défenseure : tout en reconnaissant être peu convaincues du caractère scientifique des méthodes – en ce compris de la fourchette d'âge qu'on évalue à 18 mois –, elles en recommandent une synthèse pour approcher de la vérité.

La surprise devient consternation lorsque, plusieurs mois après ces déclarations, on en vient à lire un rapport d'«*expertise*» provenant de l'unité médico-judiciaire dirigée par le **docteur Rey-Salmon**, ne faisant d'autre interprétation de l'âge que des méthodes d'analyse laissant une marge d'erreur importante (Greulich et Pyle : minimum 18 mois ; Risser 1 à 3 ans) sans procéder à d'autres examens qu'une inspection inopérante des dents, ni mentionner la fourchette d'âge, ni bien entendu émettre le moindre doute sur la qualité scientifique des méthodes utilisées et se contentant d'affirmer que le garçon examiné a «*un âge osseux d'au moins 18 ans*» (voir p. 44).

Replacer la recherche de l'identité dans une procédure régulière

Les demandes d'expertise d'âge proviennent d'autorités aussi diverses que variées : parquet, policiers ne faisant pas état d'un ordre du ministère public,Aide sociale à l'enfance…, plus rarement de l'autorité judiciaire, à savoir un juge, dans le cadre d'une procédure. Le juge n'a souvent à connaître ces «*expertises*» que dans le cadre d'un débat sur une autre cause. Les éléments de preuve apportés par ces examens – qui n'ont bien entendu rien à voir avec l'expertise judicaire - sont diversement appréciés par les juridictions, souvent par un accueil favorable, malheureusement. Les «*expertises*» tendent aussi à plaider contre un titre étranger : un document d'identité, voire même un acte de naissance.

À supposer qu'une procédure régulière soit entreprise devant le juge civil pour établir l'identité d'une personne, la décision de procéder à pareille expertise serait-elle légitime ? Le juge serait-il convaincu d'accorder foi au rapport d'expertise, vu le degré d'incertitude qui pèse sur les conclusions des examens médicaux ? En d'autres termes, en viendrait-on à affirmer que le juge pourrait régulièrement désigner Madame Irma, voyante extralucide en qualité d'expert ?

La procédure prévue pour la reconstitution d'un acte d'état civil [16] prévoit que le tribunal compétent pour émettre un jugement supplétif à un acte de naissance est celui du domicile du requérant [17], en l'occurrence, le lieu où le

(15) *25 recommandations pour contribuer a l'élaboration d'une stratégie nationale de prise en charge des mineurs étrangers isolés (MEI), juin 2008, http://www.defenseurdesenfants.fr/ et JDJ n° 277, septembre 2008, p. 14-17.*

(16) *Art. 46 CC :* «Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et, dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins».

(17) *Art. 55 du code civil.*

Les parquets ne s'encombrent pas de cette procédure et agissent unilatéralement en imposant une «expertise»

jeune réside. Chacun sait pourtant que pour suppléer à la défaillance d'un acte établissant l'identité – et surtout l'âge - de la personne, voire même pour obtenir une «*preuve*» à l'encontre de pareil acte, les parquets ne s'encombrent pas de cette procédure et agissent unilatéralement en imposant une «*expertise*» d'âge. Dans le cas où celle-ci établit un âge supérieur à 18 ans, les preuves ne peuvent en être discutées. Toute mesure de protection de l'enfance est refusée et, en certains cas, la préfecture décide de l'éloignement du territoire.

Une jurisprudence variée

À plusieurs reprises, les cours et tribunaux ont eu à se prononcer, mais sur l'octroi du droit à la protection ou celui de ne pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement, et bien plus rarement sur une demande de reconstitution d'acte d'état civil. La jurisprudence qui s'en dégage est assez inégale. Selon **la cour d'appel de Lyon** [18], dès lors qu'il n'est pas soutenu que l'extrait d'acte de naissance qui est présenté ne respecte pas les formes en vigueur dans le pays d'origine, celui-ci fait foi «*et notamment de sa date de naissance*», étant souligné que «*que la fiabilité de la méthode de Greulich et Pyle pour déterminer l'âge est extrêmement douteuse*».

Tandis que **la cour d'appel de Paris**, ayant à juger de la validité d'un certificat d'identité afghan, «*compte tenu du degré de maturation osseuse et du développement physiologique de l'intéressé*», considère qu'un jeune ne peut bénéficier d'une mesure d'assistance éducative puisqu'il «*ne démontre pas qu'il est mineur et que le certificat de naissance établi par l'Ambassade d'Afghanistan lui est applicable*» [19].

Dans deux arrêts, la **cour de cassation** a eu l'occasion de se prononcer sur la question relative à la détermination de l'âge d'un jeune étranger. Ils peuvent paraître contradictoire, toutefois…

Dans le premier [20], la cour confirme l'ordonnance du premier président de la cour d'appel de Toulouse, relevant «***que l'intéressé ne produisait pas un seul document administratif***, *ce qui rendait son hypothèse de minorité invérifiable, et qu'interrogé à ce sujet, il n'avait fourni aucune indication complémentaire, de sorte que sa date de naissance était incontrôlable, le premier président de la cour d'appel a retenu que les deux expertises figurant au dossier, qui reconnaissaient à l'intéressé un âge osseux compris entre 18 et 19 ans*».

On retiendra que, à l'appui de son recours, le jeune étranger invoquait :

- les deux expertises différaient dans leur appréciation de l'âge tout en concluant qu'elles établissent l'âge de l'intéressé entre 18 et 19 ans. Il insistait sur le caractère non irréfutable de cette preuve;
- ses déclarations et son aspect physique constituaient une présomption de minorité;
- le bénéfice du doute doit être accordé à celui qui se déclare mineur dès lors que n'est pas rapportée la preuve irréfutable de sa majorité, principe qui se déduit de l'article 2268 du code civil [21] et commandé par l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par les normes internationales.

---

(18) *C.A. de Lyon, 26 avril 2004 arrêt n° 4/97 :* «en l'espèce B a produit un extrait d'acte de naissance établi par le greffier en chef de…Cour d'Appel de Conakry, dont il n'est pas soutenu qu'il ne respecte pas les formes en vigueur en Guinée. Par conséquent, cet acte fait foi de l'identité complète de B et notamment de sa date de naissance…, étant au surplus souligné que les conditions de l'audition de ce jeune guinéen par les services de police ne sont pas connues avec précision et que la fiabilité de la méthode de Greulich et Pyle pour déterminer l'âge est extrêmement douteuse, notamment pour les populations d'origine africaine…»; *cité dans le rapport du colloque du 20/06/2008 (op. cit note 10).*

(19) *C.A. de Paris, 1er juin 2007 (2006-22156) :* «Considérant que des mesures d'assistance éducative peuvent être prises par le juge des enfants pour la protection des mineurs non émancipés, qu'il appartient à celui qui revendique une telle protection de démontrer sa minorité,

Qu'en l'espèce, le médecin qui a examiné le…l'intimé, concluait que l'âge physiologique de M. n'était pas compatible avec l'âge allégué de 15 ans et était supérieur à 18 ans compte tenu du degré de maturation osseuse et du développement physiologique de l'intéressé, Que par ailleurs l'authenticité du certificat de naissance établi à Kaboul en mai 2005 au nom de M. est démentie par l'enquête de police versée aux débats, Qu'au regard de ces éléments non sérieusement contredits, l'intimé ne démontre pas qu'il est mineur et que le certificat de naissance établi par l'Ambassade d'Afghanistan lui est applicable, Qu'il ne peut, par conséquent, bénéficier d'une mesure d'assistance éducative, que la décision déférée sera infirmée», cité dans le rapport du colloque du 20/06/2008 (op. cit note 10).

(20) *Cass. civ.1, 10 mai 2006, n ° de pourvoi : 04-50149; JDJ n°273, mars 2008, p. 61.*

(21) *Devenu art. 2274 (loi n°2008-561 du 17 juin 2008 art. 2):* «La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver».

La suspicion qui peut peser sur l'acte étranger ne suffit pas

Dans le second arrêt [22], la cour énonce un autre principe. **En présence d'un document d'état civil** «*en conformité avec les formes requises par la loi étrangère applicable*» celui-ci fait foi dès lors «*qu'aucun élément extérieur à l'acte ne permettait de douter des énonciations y figurant, et que l'examen radiologique pratiqué sur M. X. ne pouvant être retenu en raison de son imprécision, en déduisant de ces constatations, que l'acte d'état civil produit faisait foi de l'âge de l'intéressé*».

On retiendra que la cour se réfère à l'authenticité de l'acte d'état civil établi dans les formes requises par la loi étrangère applicable, et puisqu'aucun élément ne permet de mettre en doute l'âge de l'intéressé, c'est en toute logique et sans violer la loi que la cour d'appel avait considéré que l'examen radiologique ne pouvait être retenu «*en raison de son imprécision*».

On relèvera d'ailleurs que la procédure prévue en matière administrative prévoit que l'autorité étrangère compétente est consultée «*en cas de doute sur l'authenticité ou l'exactitude d'un acte de l'état civil étranger*» [23] et que le recours à l'expertise n'est pas prévu., la disposition précisant que «*En cas de litige, le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis tant par l'autorité administrative que par l'intéressé*».

La cour de cassation dit-elle la chose et son contraire en moins de deux ans ? Sans doute pas ! Dans le premier cas, l'absence de tout document administratif lui a permis de valider l'ordonnance attaquée qui se référait à l'examen osseux imprécis parce qu'il établit «*un âge osseux compris entre 18 et 19 ans*» plutôt qu'aux déclarations de l'intéressé qui, soit dit en passant, était menacé de reconduite à la frontière et détenu dans un centre de rétention administrative. Pour la cour, le juge apprécie souverainement les faits qui sont soumis à son appréciation et il ne lui appartient pas d'y substituer la sienne.

L'argument de la bonne foi n'a guère porté malgré la référence à la disposition du code civil qui est d'interprétation générale. Même lorsqu'il s'agit d'obtenir un jugement supplétif à un acte d'état civil inexistant ou inaccessible, la preuve de la naissance peut être établie par toute voie de droit [24]. Dans cette affaire, le président de la cour d'appel de Toulouse a choisi de distinguer le fait dans une analyse oiseuse plutôt que dans les présomptions que lui présentait le jeune étranger.

Dans la seconde affaire, la cour de cassation confirme une jurisprudence déjà ancienne de certains tribunaux et cours d'appel selon laquelle il ne convient pas de s'appuyer sur l'expertise osseuse pour établir l'âge d'un étranger dès lors qu'aucun élément ne permet de contester la validité de l'acte produit par l'intéressé [25]. Le raisonnement rejoint les termes du code civil selon lequel l'acte étranger rédigé dans les formes du pays d'origine fait foi [26]. Avec raison, la cour confirme que la suspicion qui peut peser sur l'acte étranger ne suffit pas. Il faut d'ailleurs établir la preuve de la fausseté ou de l'altération en recourant à la procédure d'inscription de faux, principale ou incidente [27].

On peut donc considérer qu'en présence d'un acte d'état civil rédigé dans la forme et selon la loi étrangère, qui n'est pas reconnu comme faux au terme d'une procédure, l'examen clinique de détermination de l'âge n'a pas lieu d'être [28]. La loi, confirmée par une jurisprudence constante de la cour de cassation exclut l'application de l'article 145 du code de procédure civile [29] relatif à l'expertise préalable à une procédure d'inscription de faux [30]. La pratique de certains parquets de recourir à des expertises radiologiques pour déterminer l'âge et de faire valoir celles-ci pour contester un acte authentique présenté par le mineur s'oppose à une règle d'ordre public et les analyses déposées doivent être écartées jusqu'à l'intentement d'une procédure d'inscription de faux à l'encontre de l'acte, au cours de laquelle les éléments de preuve contraire à celui-ci pourront être présentés et des mesures d'instruction sollicitées, dont le recours à des expertises .

Toutefois, **la cour d'appel de Paris** paraît encore se distinguer en ne contestant pas que l'acte est rédigé selon les formes requises à l'étranger mais sur la certitude de l'identité de celui qui en est le porteur. Tel serait le cas des *Taskira* afghanes qui ne comportent pas nécessairement la photo du porteur et dont 70% des Afghans sont détenteurs. Cette jurisprudence fait dire au premier substitut, chef de la section des mineurs au TGI de Paris «(…) *la Cour d'appel de Paris a rappelé qu'il appartient à celui qui produit le document attestant sa minorité de démontrer qu'il lui est bien applicable. Il ne s'agit pas de mettre en doute systématiquement l'applicabilité*

---

(22) *Cass. civ.1, 23 janvier 2008, n° de pourvoi : 06-13344 M; JDJ n°273, mars 2008, p. 61-62.*

(23) *Art. 22-1 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.*

(24) *Voy. note 16. Selon Carbonnier,* «ces preuves pourront être apportées par toute voie de droit» *(D. civ. Les personnes, PUF, 2000, n° 65, p.117). La jurisprudence considère que* «les faits mentionnés dans les registres peuvent en cas de destruction, être prouvés tant par titres que par témoins ou encore au moyen de présomptions graves, précises et concordantes» *(Paris, 21 févr. 1938; DH 1939, Somm. 13).*

(25) *TGI Créteil, 12 juillet 2000, JDJ n° 243, mars 2005 p. 51; C.A. Pau, ch. min., 28 septembre 2005, JDJ n° 250, décembre 2005, p. 61.*

(26) *Art. 47 :* «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». *Voy. aussi cass. 9 janvier 1974, Bull. I, n° n. 13 p. 13, cité dans l'article de J.-F. Martini reproduit en p. 30, note 15.*

(27) *Art. 306 et s., art. 314, code de procédure civile.*

(28) «…, il a été jugé qu'une expertise, qui a pour effet de mettre en cause la force probante d'un acte authentique, ne peut être ordonnée sur le fondement de ce texte, même préalablement à une procédure d'inscription de faux (1re Civ., 11 juin 2003, Bull., I, n° 139, p. 109)», «L'expertise», *BICC n° 632, 15/01/2006.*

(29) *Art. 145 du code de procédure civile (CPC) :* «S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé».

(30) *Cass. civ. 1, 11 juin 2003, Bull. 2003, I, n° 139 p. 109 :* «attendu que les dispositions spéciales et d'ordre public des articles 306 et 314 du nouveau Code de procédure civile, excluent l'application de l'article 145 du même Code; que, dès lors, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que l'expertise sollicitée, qui avait pour effet de mettre en cause la force probante d'un acte authentique, ne pouvait être ordonnée même préalablement à une procédure d'inscription de faux».

de ces documents, mais quand la discordance est flagrante entre l'apparence de celui qui se prévaut de cet acte et les mentions qu'on peut avoir sur cet acte, nous sommes bien évidemment conduits à faire une expertise, pour essayer d'arbitrer sur ces difficultés». Et quand il n'y a pas de photo ?

Dans une affaire similaire, la cour d'appel de Paris avait bien dû constater l'authenticité de l'acte de naissance original d'un jeune Indien de 17 ans alors que l'expertise radiologique indiquait que son âge osseux était égal ou supérieur à 18 ans, elle-même contredite par un autre diagnostic médical [31].

De même, **la cour d'appel de Metz** a considéré «*que la mise en œuvre d'une expertise sollicitée par le juge des enfants ne peut être mise sur le même plan que la procédure tendant à la vérification d'un acte d'état civil puisqu'elle ne permet d'obtenir qu'une estimation scientifique de l'âge osseux ou physiologique forcément approximative en raison du caractère imparfait et peu fiable des techniques de détermination de l'âge*» et a constaté que l'acte d'état civil qui lui avait été présenté avait été rédigé dans les formes usitées dans le pays où il a été dressé [32].

La contestation de la décision de procéder à l'expertise

Le recours à l'expertise est-il néanmoins la solution à la détermination de l'âge, faute de papier, de témoin ou d'autre mode de preuve ? On peut en douter, mais faut-il encore que le juge en soit convaincu.

La décision de procéder à une expertise peut être **contestée par voie d'appel**, moyennant toutefois l'autorisation du premier président de la cour d'appel qui appréciera si le recours est justifié par un «*motif grave et légitime*» [33]. Constitue un motif grave et légitime le fait que la mission de l'expert emporte **délégation du pouvoir juridictionnel**; tel serait le cas d'une mission confiant à l'expert la mission d'établir l'âge de la personne, s'agissant d'un acte qui demeure le privilège de la juridiction. Toutefois, en demandant à un expert de donner son avis, le juge ne renonce pas à décider en toute souveraineté [34].

La méconnaissance de l'expert ou la faiblesse des méthodes scientifiques qu'il utilise peuvent-elles constituer un «*motif grave et légitime*» pouvant être apprécié pour déclarer recevable un appel contre la décision commandant l'expertise ? On peut en douter, quoique la confusion des rôles puisse être sous-jacente dans pareille décision et puisse ouvrir la voie à la contestation de la mission d'expertise prévue à l'art. 272 CPC précité : «*lorsque l'expert rend un avis scientifique dans un domaine où règne l'incertitude, il se prononce au vu, non seulement de son savoir, mais encore de choix évaluatif et, ce faisant,* ***il juge****. En effet, il procède alors ce à quoi l'auteur de la décision devrait se livrer : il réalise la balance des intérêts (…) Si l'expert rend un avis tranché dans un domaine où l'incertitude scientifique domine, il prive l'auteur de la décision de cette faculté d'agrégation des dimensions multiples que la décision implique et, ainsi, il substitue sa propre appréciation à celle de l'auteur de la décision. De là découle la normativité de son intervention*» [35]. La voie demeure néanmoins étroite, étant donné le «*filtre*» de la recevabilité du recours exercé par le premier président de la cour d'appel, lequel pourra toujours rappeler que le juge n'est pas lié par l'avis de l'expert ni par les conclusions scientifiques qu'il exprime et que la décision fixant sa mission n'emportait pas de délégation de l'autorité juridictionnelle.

Le droit de faire appel de la décision ordonnant une expertise, sans passer par le «*filtre*» du premier président de la cour d'appel, peut se présenter dans d'autres cas :

- si la décision ordonnant l'expertise est mixte, c'est-à-dire si elle **tranche une partie du fond du litige** et ordonne une expertise - par exemple si une expertise est commandée contre un titre étranger, c'est trancher le litige sur la validité du titre - celle-ci peut être immédiatement frappée d'appel sans passer par l'autorisation du premier président de la cour d'appel [36];
- le juge ordonnant une expertise statue également sur sa **compétence**, sans quoi il ne statuerait pas sur le recours à un mode de preuve. Toutefois, la demande incidente d'expertise émanera généralement du parquet devant le **tribunal de grande instance**, en réplique à une demande de bénéficier d'un droit lié à l'état de minorité, devant le juge des enfants statuant en matière d'assistance éducative, voire du juge des libertés et de la détention (JLD) [37] statuant sur

---

(31) *C.A. Paris, 13 novembre 2001, n° 441:* «qu'une expertise des urgences médico-judiciaires de l'Hôpital Jean Verdier du 3 janvier 2001 concluant qu'il avait l'âge osseux égal ou supérieur à 18 ans n'est pas suffisante pour contredire valablement cet acte de naissance d'autant qu'un certificat médical atteste qu'à cette période son âge apparent pouvait se situer entre 15 et 16 ans» *(arrêt reproduit p. 72).*

(32) *CA Metz, 26 septembre 2005, n° 05/00115, reproduit p. 70.*

(33) *Art. 272 CPC.*

(34) *C.A. Poitiers (référé), 2 septembre 2003 - R.G. n° 03/071, BICC n° 587 du 15/11/2003.*

(35) *Olivier Leclerc,* «Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science», *LDG, Biblioth. du droit, 2005, n° 138, p. 105-106, citant Ch. Shaegis,* «Progrès scientifique et responsabilité administrative», *Paris, CNRS, Édit. Droit, n° 214, p. 174.*

(36) *Art. 544 CPC :* «Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.

Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance». «S'agissant d'une décision mixte, qui tranche, dans son dispositif, une partie du principal et ordonne une mesure d'instruction (tel un jugement qui statue sur le principe de la responsabilité et ordonne une expertise), elle peut, en vertu de l'article 544, être immédiatement frappée d'appel, dès lors que l'appel est général, alors qu'elle ne peut l'être qu'avec l'autorisation du premier président si l'appel est limité à la mesure d'expertise» *(«*L'expertise», *op.cit en note 28).*

(37) *La procédure de maintien en zone d'attente prévue aux art. L.222-1 et s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) est une procédure civile puisque la privation de liberté sur laquelle il est statué n'a pas une infraction pour origine. Cette hypocrisie juridique a permis à certains de prétendre contre l'évidence que les zones d'attente comme les centres de rétention n'étaient ni des prisons ni des lieux de détention (voy. à cet égard arrêt Amuur c/ France, CEDH, 25 juin 1996. par lequel* «la cour conclut que le maintien des requérants dans la zone de transit de l'aéroport de Paris-Orly, en raison des restrictions subies, équivalait en fait à une privation de liberté».

la prolongation du maintien en zone d'attente (représentation par un administrateur ad hoc…). Étant donné que le tribunal de grande instance «*connaît toutes les demandes incidentes qui ne relèvent pas de la compétence exclusive des autres juridictions*» [38], le juge «*civil*», qu'il exerce au tribunal pour enfants ou comme JLD, pourra se saisir du litige relatif à la reconstitution de l'identité; encore faut-il qu'il respecte la procédure prévue pour ce cas alors qu'il n'est pas désigné au sein du tribunal pour juger de la reconstitution des actes d'état civil.

Tel ne sera pas le cas du **juge administratif** qui devra surseoir à statuer et renvoyer l'examen de la reconstitution de l'identité devant la juridiction compétente, en l'occurrence une chambre civile du TGI [39], ce qui ne l'empêche pas de considérer frauduleux un acte d'état civil dès lors que «*l'âge physiologique*» ne correspond pas à celui qui est indiqué sur le document d'état d'identité ou l'acte d'état civil [40]. Il sera néanmoins tenu au respect d'un jugement «*civil*» confirmant ou reconstituant un acte d'état civil.

Le cas du juge «*pénal*» est sensiblement différent, celui-ci ayant la compétence pour statuer sur l'incident relatif à l'âge d'un mineur, en veillant toutefois au respect de certaines garanties [41]. Mais c'est le juge civil qui demeure compétent pour la reconstitution de l'acte.

La cour de cassation a décidé que l'expertise biologique est «*de droit*» **en matière de filiation** [42], considérant que le degré de **certitude de la technique** utilisée permet d'établir la vérité biologique. Cela ne signifie cependant pas que le «*droit à l'expertise*» existe dans tous les cas. La cour de cassation admet que des «*motifs légitimes*» peuvent s'opposer à la désignation d'un expert, notamment lorsque la preuve résultait «*de tous les éléments de fait, non sérieusement contredits, versés aux débats, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction*» [43]. Il en sera ainsi lorsque le titre étranger fait l'objet de discussion. Il reviendra tout d'abord à la juridiction de trancher la contestation du titre avant d'ordonner une expertise d'âge permettant de rétablir l'identité à reconstituer. Il ne revient pas au juge d'ordonner une expertise pour pallier au défaut d'élément dont dispose une partie pour asseoir sa prétention [44].

La mission de l'expert

La décision ordonnant l'expertise : «*Expose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise et, s'il y a lieu, la nomination de plusieurs experts;*

Nomme l'expert ou les experts;

Énonce les chefs de la mission de l'expert;

Impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis» [45].

Les circonstances de la cause, dans le cas de détermination de l'âge aux fins de reconstituer l'identité d'une personne, sont d'une telle complexité que le juge devra, en présence des parties et de l'expert, «*préciser avec netteté quels sont les points sur lesquels portera la mission de l'expert*» [46]. C'est au cours de cette ***«conférence»*** que les parties pourront lui remettre tous les documents qui paraîtront utiles à l'exercice de la mission [47].

Il sera utile de déposer au dossier tous les éléments faisant état du défaut de fiabilité des expertises d'âge, tant ceux relatifs à la personne (les documents qu'elle possède, ses déclarations, des témoignages, etc.) que la littérature scientifique réfutant la certitude des examens envisagés. C'est également à cette occasion qu'il sera demandé à l'expert de faire le détail des examens qu'il entend entreprendre et des méthodes scientifiques auxquelles il se réfère : «*En cas de controverse doctrinale ou technique, l'expert doit en faire état et indiquer la ou les solutions qu'il retient en motivant son avis*» [48].

---

(38) *Art. 51 CPC.*

(39) «Il est en effet une série de questions dont la connaissance a été réservée aux tribunaux de droit commun que sont les TGI et qu'un tribunal d'exception ne peut examiner, même si elles se présentent sous forme de défenses : ainsi en va-t-il pour les questions d'état des personnes (mais non de capacité), *(…)*» *(S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais,* «Procédure civile», *Précis Dalloz, 2008, n° 352, p. 373). «[La juridiction administrative]* renverra les parties à se pourvoir devant les tribunaux judiciaires, si la difficulté relève de leur compétence : par exemple si elle se rapporte *(…)* à l'état, et notamment à la nationalité d'une personne *(…)*» *(R. Chapus,* «Droit du contentieux administratif», *Montchrestien, 1999, 314, p. 239).*

(40) *En ce sens : C.E., 18 décembre 2008, n° 296370 :* «qu'il ressort des pièces du dossier qu'en se fondant, pour refuser les visas demandés, sur le motif tiré de ce que la demande de visas présentait un caractère frauduleux en raison de l'important écart constaté entre les âges mentionnés sur les pièces d'état civil présentées au soutien de cette demande et les âges physiologiques résultant de certificats médicaux établis à la suite d'investigations approfondies *(…)* la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France n'a pas entaché sa décision d'une inexactitude matérielle ou d'une erreur d'appréciation».

(41) *La preuve étant libre en matière pénale, le juge peut statuer sur l'âge sans avoir égard aux indications figurant sur l'acte d'état civil (cass. crim. 13 octobre 1986, Bull. crim. 1986, n° 282; cass. crim. 17 juillet 1991, Bull. crim. 1991, n° 299; cass. crim. 1er décembre 1999, Bull. crim. 1999, n° 289). En présence d'un acte étranger et d'une expertise constatant un âge différent, on peut espérer que cette jurisprudence soit dans l'avenir contredite, eu égard à l'arrêt de la 1ière chambre civile du 23 janvier 2008, plus respectueux de la foi à accorder aux actes étrangers et soulignant l'imprécision des examens physiologiques (voy. en note 22).*

(42) *Cass. 28 mars 2000, Bull. 2000 I N° 103 p. 69.* «Cette tendance jurisprudentielle illustre parfaitement l'idée selon laquelle les relations entre le magistrat et l'expert seraient marquées par la soumission à un «*modèle scientifique*»» *(O. Leclerc, op. cit, note 35, n° 143, n° 143, p 113).*

(43) *Cass. civ. 1, 5 février 2002, n° 00-11249.*

(44) *Art. 146 CPC :* «Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.

En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve».

(45) *Art. 265 CPC.*

(46) *S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, op. cit en note 39, n° 1298.*

(47) *Art. 266 CPC. Selon l'article 11 du code de procédure civile,* «les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus». *La cour de cassation a considéré que* «c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain» *qu'une cour d'appel* «a retenu que le refus d'accepter un examen comparatif des sangs, qu'au demeurant, il avait lui-même sollicité devant les premiers juges, devait être regardé comme la manifestation d'une crainte de M. Y. vis-à-vis de cette mesure d'instruction, malgré sa conviction réaffirmée d'une impossibilité physiologique de procréer et qu'en conséquence, il y avait lieu de faire droit à la demande de la mère de l'enfant» *(cass. 1er juillet 2003, n° 01-11419).*

(48) *Art. 9 du code de déontologie des experts de justice.*

Statut «profondément ambigu de l'«*expert*» médical dans un tel contexte»

Quelle que soit l'idée qu'on peut se faire de la mission de l'expert et de la validité scientifique des constatations qui seront faites, «*le moyen, qui critique la mission donnée à l'expert, se heurte au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond pour fixer l'étendue de cette mission, qui ne peut être remise en cause devant la Cour de cassation*» [49]. Ceci découle du principe selon lequel le rapport d'expertise est un élément de preuve parmi d'autre que le juge demeure libre d'apprécier, malgré ce que l'on sait de ce qu'il en est de la confiance souvent aveugle que des magistrats peuvent accorder à des rapports d'expertise [50].

Le décret relatif aux experts judiciaires [51] prévoit néanmoins que pour être inscrit sur la liste des experts établie auprès de chaque cour d'appel, le demandeur doit **justifier de la qualification dans la spécialité** qu'il a choisie (art. 6) et que la demande de réinscription au terme de cinq ans fait l'objet d'une évaluation de «*l'expérience acquise par le candidat, tant dans sa spécialité que dans la pratique de la fonction d'expert depuis sa dernière inscription*» (art. 10).

«*Le savoir de l'expert, relevant d'une catégorie de la connaissance, doit obéir aux règles de la production du savoir. Ces règles visent à dégager des connaissances qui sont postulées axiologiquement neutres. La légitimité du savoir de l'expert vient de ce qu'on peut – doit - postuler qu'il porte sur la nature des choses. La vision de la science sous-jacente est celle d'un processus d'obtention de savoirs vrais sur la nature. La sollicitation des experts implique, dans cette perspective, que ces derniers* «détiennent la vérité et peuvent expliquer les phénomènes de causalité avec certitude. (…) Elle suppose une parfaite neutralité des experts». *L'expert produit donc devant le juge un savoir neutre. C'est à cette condition que ce dernier peut intégrer le fait dans le jugement juridique sans déléguer son pouvoir de jugement*» [52]. On peut y ajouter le respect de l'éthique médicale que le CCNE soulignait dans l'avis précité, s'inquiétant du statut «*profondément ambigu de l'«*expert*» médical dans un tel contexte*» [53].

Selon la cour de cassation, il revient au praticien d'éclairer ses connaissances en faisant appel à des tiers compétents pour élaborer leur diagnostic [54]. Par extension, on peut considérer que cette règle de la déontologie médicale s'applique également aux experts requis par les tribunaux. Il faut toutefois que le code de procédure civile l'y invite dès lors que la question ne ressort pas de sa spécialité [55]; hors de cette hypothèse, son rapport devrait faire part des difficultés qui font obstacle à l'exercice de sa mission [56], pouvant convaincre le juge de nommer un autre expert à ses côtés. Cet avis du praticien requis par l'expert fait bien entendu partie intégrante des éléments soumis au débat contradictoire en cours d'expertise.

Les droits de la défense

Le **principe du contradictoire** doit être respecté pendant la mission de l'expert, même en matière médicale : «*un médecin expert est tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise, y compris après la phase de l'examen clinique*» [57].

L'expertise judiciaire doit respecter le principe de la contradiction tant durant son déroulement qu'au stade de la discussion des résultats. Les parties doivent être convoquées et les avocats avisés des opérations et réunions d'expertise. Elles doivent être en mesure de faire valoir leurs observations en temps utile. Elles peuvent se faire accompagner de l'expert qu'elles auront choisi aux réunions et aux opérations d'expertise [58]. Si certaines investigations doivent être opérées hors de la présence des parties en raison de leur spécificité technique, celles-ci doivent toutefois leur être communiquées «*afin de leur permettre d'être éventuellement à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport*» [59].

Les parties peuvent soumettre à l'expert leurs dires et contredits, en ce compris

---

(49) *Cass. Soc. 12 juin 1986, Bull. 1986 V n° 298 p. 228; cass. civ. 1, 26 novembre 1980, Bull . 1 n° 308.*

(50) *Art. 246 CPC :* «Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien». *Cass. civ.1, 12 novembre 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 299 p. 265 «(…)* si le juge n'est pas lié par les conclusions du technicien, il est libre de les faire siennes et apprécier souverainement leur objectivité, leur valeur et leur portée».

(51) *Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004. Voy. égal. art. 2, II, loi n°71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires.*

(52) *Olivier Leclerc, op. cit (en note 35), p. 258.*

(53) *Voy. note 13.*

(54) *Cass. civ. 1, 27 novembre 2008,* «Qu'en statuant par de tels motifs, alors qu'en présence d'un doute diagnostique, qu'elle avait ainsi constaté, les articles 32 et 33 du code de déontologie médicale faisaient devoir au praticien de recourir à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés». *Art. 32 (article R.4127-32 du code de la santé publique) :* «Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents». *Art. 33 (article R.4127-33 CSP) :* «Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés». «Toutefois, en vertu de l'article 278 du nouveau Code de procédure civile, l'expert peut prendre l'initiative, sans en référer au juge, de recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne (3e Civ., 23 octobre 1984, Bull., III, n° 172; 2e Civ., 19 février 1997, Bull., II, n° 49, p. 28; 23 octobre 2003, Bull., II, n° 323, p. 262) et à condition que cela ne s'accompagne pas d'une délégation de pouvoirs ou ne constitue pas une véritable «sous-traitance» (3e Civ., 8 avril 1999, Bull., III, n° 89, p. 61)» *(*«L'expertise», *op. cit. en note 28).*

(55) *Art. 278 CPC :* «L'expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne».

(56) *Art. 279, CPC.*

(57) *Cass. civ. 1, 1er juin 1999, Bull. civ. 1999 n° 183 p. 120.*

(58) *Art. 160, 161 CPC.*

(59) *Cass. Civ. 1, 8 juin 2004, n° 02-13379. Il convient de noter que dans un arrêt Mantovanelli/France (18/03/1997, n° n° 8/1996/627/810), la cour européenne des droits de l'Homme a précisé* «que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision».

des données scientifiques ou des rapports d'un spécialiste qu'elles ont choisi, en ce compris les contestations sur la valeur scientifique des constatations [60]. L'expert est tenu de prendre en considération les observations et réclamations qui ont été déposées dans le délai qu'il a fixé, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis et faire mention de la suite qui y a été donnée [61].

Le juge peut être interpellé par les parties pour qu'il soit décidé de procéder à d'autres mesures d'instruction s'il les déclare opportunes [62]. Il peut également ordonner d'autres mesures dès lors que l'expert rencontre des obstacles dans l'accomplissement de sa mission. Il peut notamment l'étendre si cela s'avère nécessaire [63].

Une des perspectives sur lesquelles le droit français ne s'est pas encore résolu à disposer est la conformité de sa mission avec les principes du procès équitable dégagé par la cour européenne des droit de l'Homme [64] : «*L'expert doit mettre en lumière les options possibles, y compris celles auxquelles il n'adhère pas. Il ne doit pas hésiter à faire paraître les incertitudes qui règnent sur certains sujets. Devient alors cruciale l'organisation par l'expert d'un débat sur les arguments scientifiques, dont il sera rendu compte explicitement dans le rapport*» [65].

Retenons que «*la nullité frappe les opérations qui ont été effectuées en méconnaissance du principe de la contradiction, de sorte qu'il n'y a alors pas lieu d'annuler le rapport d'expertise dans son intégralité (2e Civ., 12 juin 2003, Bull., II, n° 189, p. 160, rejetant un pourvoi contre un arrêt qui avait refusé d'annuler en totalité une expertise alors que seuls les résultats des opérations d'un* «sapiteur» *n'avaient pas été communiqués aux parties). De plus, il peut être remédié aux carences de l'expertise par une reprise des opérations affectées d'une violation du principe de la contradiction*» [66].

Les juges apprécient souverainement l'objectivité du rapport d'expertise ainsi que sa valeur et sa portée. La cour de cassation considère qu'il ne lui revient pas de contrôler l'appréciation par le juge des preuves qui lui sont soumises. L'énonciation des faits constatés par les experts est donc soustraite du contrôle de la cour.

Les expertises – lorsque la juridiction en a commandé plusieurs [67] – peuvent se contredire, les juges apprécient toutefois souverainement les éléments de fait qui s'en dégagent et n'ont pas à motiver les raisons pour lesquelles le rapport contradictoire a été écarté et peuvent s'appuyer sur d'autres éléments du dossier qui peuvent asseoir leur présomption [68]. La présence de deux expertises contradictoires peut bénéficier à la personne se prétendant mineure [69].

Cependant, ce serait **dénaturer le rapport d'expertise** que d'appuyer la motivation de la décision relative à la détermination de l'âge en ne tenant pas compte de la marge d'erreur ou des réserves qui peuvent figurer dans le rapport du (ou des) expert(s) [70]. Aussi, en la matière, doit-on insister pour que le rapport d'expertise fasse état des observations et contredits déposés par les parties et y apportent des éléments de réponse. Si l'expert doit répondre sur les méthodes scientifiques utilisées, il doit bien entendu faire part du degré d'incertitude pesant sur ses constatations. Aussi, ce serait faire mentir le rapport – et donc le dénaturer – que d'appuyer une jugement déterminant un âge sur ses conclusions sans tenir compte des réserves qui y sont consignées.

Pour conclure

Les raisons sont nombreuses pour s'opposer aux expertises destinées à déterminer l'âge d'un adolescent, ou, lorsqu'elles sont régulièrement décidées, pour déposer des dossiers et contredits aux constatations figurant dans les rapports. Il est à cet égard indispensable que l'avocat du jeune fasse le nécessaire pour assister aux réunions préparatoires et aux opérations d'expertise, en se faisant accompagner, si nécessaire, d'un homme d'art de son choix.

Rappelons brièvement les **obstacles qui s'élèvent à une juste détermination de l'âge**, ce qui devrait exclure qu'il soit recouru aux expertises médicales tant qu'une méthode scientifiquement indiscutable n'a pas été mise au point :

- les méthodes existantes ont été établies pour «*non pas pour déterminer l'âge chronologique, mais pour apprécier l'âge biologique»;*

(60) *Art. 162 CPC :* «Celui qui représente ou assiste une partie devant la juridiction qui a ordonné la mesure peut en suivre l'exécution, quel qu'en soit le lieu, formuler des observations et présenter toutes les demandes relatives à cette exécution même en l'absence de la partie».

(61) *Art. 276 CPC.* «La Cour de cassation fait une application particulièrement stricte de ce principe, en application duquel les parties doivent être convoquées et leurs conseils avisés des opérations et réunions d'expertise, et doivent être mis en mesure, en temps utile, de faire valoir leurs observations» *(«*L'expertise», *op. cit. en note 28).*

(62) *Art. 166 CPC :* «Le juge chargé de procéder à une mesure d'instruction ou d'en contrôler l'exécution peut ordonner telle autre mesure d'instruction que rendrait opportune l'exécution de celle qui a déjà été prescrite».

(63) *Art. 279 CPC.*

(64) *Voy. note 59.*

(65) *Olivier Leclerc, op. cit (en note 35), p. 408.*

(66) «L'expertise», *op. cit. en note 28.*

(67) *Art. 264 CPC :* «Il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs».

(68) *Cass. crim. 23 mai 2002, n° 01-83872 : répondant au moyen du requérant selon lequel* «la cour d'appel s'est bornée à observer qu'il ressortait de deux rapports d'expertise sur trois que le testament faisant des époux B... les légataires universels de Gabrielle Y... était un faux, sans se livrer à la moindre analyse du rapport d'expertise de Mme A. ayant conclu que l'acte émanait bien de la défunte et sans expliquer pour quelle raison elle l'écartait», *la haute juridiction répond* «que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnels, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable, et a ainsi justifié l'allocation, au profit des parties civiles, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant».

(69) «…compte tenu du caractère contradictoire des résultats des examens médicaux réalisés pour déterminer l'âge de M. X, le préfet ne peut être regardé comme apportant une contradiction sérieuse aux affirmations constantes de l'intéressé, qui sont étayées par un commencement de preuve *(…)» (CAA Douai, 8 janvier 2009, n° 08DA01199, reproduit p. 77).*

(70) *Cass. com. 15 mars 1982, Bull. com. n° 99; cass. civ. 1, 7 février 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 73 p. 48.*

- la lecture de l'âge osseux «*ne permet pas de distinction nette entre 16 et 18 ans*»;
- la marge d'erreur minimale des méthodes de lecture est de 18 mois; dans certains cas l'écart entre l'âge réel et l'âge constaté est plus important encore, quelle que soit la méthode employée;
- le cumul de plusieurs méthodes imprécises (radiologie du poignet, examen dentaire, développement pubien, etc.) ne permet guère de rendre plus fiable l'expertise de détermination de l'âge.

La désignation des experts s'établit sur une liste établie dans chaque cour d'appel :

- il convient de vérifier que les experts pressentis pour la détermination de l'âge disposent des qualifications nécessaires;
- les avocats des mineurs et les barreaux doivent demander qu'il soit fait état dans les qualifications présentées par les experts des méthodes employées et de leur fiabilité;
- pour un motif grave et légitime, un recours peut être introduit devant la cour d'appel; cependant le premier président de la cour statue d'abord sur la recevabilité de l'appel, sauf lorsque la décision de recourir à l'expertise emporte déjà un jugement sur le fond;
- les causes de récusation d'experts sont les mêmes que celles qui s'appliquent aux juges; celles-ci exigent que la partie récusée ait un lien avec l'affaire examinée ou l'une des parties [(71)];

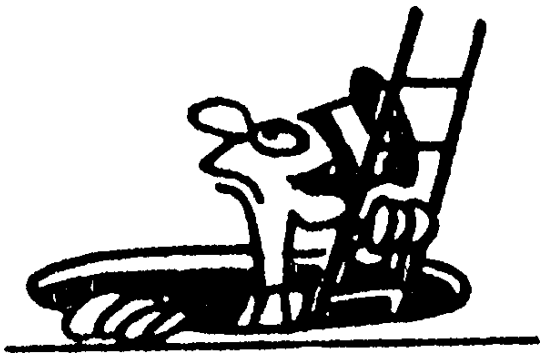
En cours d'expertise, les parties doivent suivre attentivement les opérations :

- la conférence préalable destinée à «*préciser avec netteté quels sont les points sur lesquels portera la mission de l'expert*». À cette occasion, les parties remettront à l'expert tous les documents qui paraîtront utiles à l'exercice de la mission;
- les opérations d'expertise, en ce compris les examens médicaux : les parties peuvent se faire assister de leur avocat et/ou d'un conseil de leur choix, notamment d'un médecin. Il convient d'y consigner les opérations entreprises, les questions posées, les réponses qui sont formulées;
- les parties peuvent soumettre à l'expert leurs dires et contredits, en ce compris des données scientifiques ou des rapports d'un spécialiste qu'elles ont choisi, en ce compris les contestations sur la valeur scientifique des constatations. L'expert est tenu de les faire figurer dans son rapport et de répondre aux remarques formulées;
- le juge peut être interpellé pour qu'il soit procédé à d'autres mesures d'instructions pouvant paraître opportune. La faculté lui est toujours laissée de désigner d'autres experts.

Le juge n'est pas tenu par les conclusions du rapport de l'expert :

- d'autres éléments de preuve figurant au dossier peuvent asseoir sa conviction, notamment des documents, des témoignages;
- en présence d'une expertise dont les conclusions sont incertaines, le juge peut donc établir sa décision sur les seuls éléments qui lui paraissent certains, notamment les déclarations du jeune ou d'autres constatations produites par les parties, en ce compris le médecin-conseil qui a assisté une partie aux expertises ou a rendu un avis;
- pour ces raisons, il est important de citer dans les conclusions remises au tribunal les raisons pour lesquelles le recours à l'expertise était inopportun et toutes les observations qui ont été faites durant les opérations d'expertise;
- à chaque fois que le débat contradictoire est compromis, notamment durant toutes les opérations d'expertise, ou dans le contenu du rapport, les parties doivent faire état de l'entrave aux droits de la défense et au procès équitable et requérir l'annulation de tout ou partie du rapport;
- enfin, il ne faut jamais omettre que le doute ne peut nuire à celui contre lequel l'action est entreprise. C'est à celui qui allègue l'absence de minorité, ou la fausseté du titre, d'en apporter la preuve. Si les mesures d'instruction – dont l'expertise – ne permettent pas d'éclairer le tribunal, il lui revient de rejeter les exceptions soulevées par la partie publique ou toute autre qui invoque un âge supérieur à 18 ans pour refuser au jeune l'accès à certains droits et aux protections que la loi lui réserve.

En s'en tenant à une défense disciplinée et systématique du jeune confronté au débat sur son identité et sur son âge, on pourra parvenir à détourner les pratiques actuelles qui se satisfont d'évoluer dans l'illégalité totale et à éviter l'écueil de nombre de décisions motivées par des preuves incertaines.



(71) *Art. 341 CPC.*

L'Assistance publique des hôpitaux de Paris - Hôpital d'enfants Armand-Trousseau

Unité médico-judiciaire Dr Rey-Salmon, pédiatre hospitalier

Je soussignée Docteur H.

Serment préalablement prêté d'apporter son concours à la justice en son honneur et sa conscience

Certifie avoir examiné le (…)

À l'Hôpital Trousseau, sur réquisition du Brigadier Chef X. en fonction à la Brigade de Protection des Mineurs

Une personne se déclarant Y.

Âge allégué : 16 ans 7 mois

DETERMINATION DE L'ÂGE : EXAMEN CLINIQUE CE JOUR/

1. Anthropométrie : taille : 162 cm Poids : 51 kg.

2. Examen clinique général : pratiqué

3. Caractères sexuels secondaires : maturation pubertaire non évaluée

4. Âge dentaire :

1. Formule dentaire

(…)

Préciser : dent absente : 18, 28, 38, 45, 48

2. Âge d'apparition des dents lactéales :

incisives centrales : 06 à 08 mois

incisives latérales : 08 à 12 mois

canines : 16 à 20 mois

premières molaires : 12 à 16 mois

deuxièmes molaires : 20 à 30 mois

3. Age d'apparition des dents permanentes :

	supérieures	**inférieures**
incisives centrales	07 à 08 ans	06 à 07 ans
incisives latérales	08 à 09 ans	07 à 08 ans
canines	11 à 12 ans	09 à 11 ans
premières prémolaires	10 à 11 ans	10 à 12 ans
deuxièmes prémolaires	10 à 12 ans	11 à 12 ans
premières molaires	06 à 07 ans	06 à 07 ans
deuxièmes molaires	12 à 13 ans	11 à 13 ans
troisièmes molaires	18 à 25 ans	16 à 20 ans

AGE DENTAIRE :

Panoramique dentaire : agénésie des troisièmes molaires supérieures et inférieures

Âge dentaire : ininterprétable

5. Maturité osseuse

Radiographie (main et poignet gauche de face) :

Âge osseux : au moins 18 ans. D'après l'Atlas radiologique de Greulich et Pyle

Autre radiographie : Test de Risser : 5 (maturation achevée)

De mon examen, compte tenu du développement morphologique et du degré de maturation osseuse du sujet examiné ce jour, je conclus à un âge physiologique SUPERIEUR A DIX HUIT ANS (majeur), non compatible avec l'âge allégué.

Suit la signature

NDLR : plusieurs constats :

- il ne s'agit pas d'une expertise, au sens judiciaire du terme. Il n'y est même pas fait mention d'une requête du parquet; simplement celle d'un brigadier chef de la police;
- il n'est pas fait mention des déclarations du jeune, ni de la présence d'un interprète pour traduire ses propos;
- il n'est pas fait mention du consentement du jeune à ce qu'il soit procédé à ces examens, ni d'une information préalable relative au recours à la radiologie;
- contrairement à ce qu'affirmait le docteur Rey-Salmon qui dirige ce service, il n'est pas procédé à une pluralité d'examens, l'examen dentaire étant initerprétable;
- les qualités de radiopédiatre, d'endocrino-pédiatre ou de médecin légiste, du praticien qui a examiné le jeune ne sont pas indiquées;
- contrairement à ce qu'a affirmé le docteur Rey-Salmon, la fourchette d'âge n'est pas indiquée, le rapport se contentant d'affirmer que le jeune a un âge physiologique supérieur à dix huit ans – en ne précisant pas de combien - «*non compatible avec l'âge allégué*» - 16 ans, 7 mois -, alors que les tables de Greulich et Pyle laissent une marge minimale de 18 mois et les tests de Risser, ne permettant pas de déterminer avec certitude une évolution sur 1 à 3 ans (Jean-Pol Beauthier, «*Traité de médecine légale*», De Boeck, Bruxelles, 2007, p. 413 et 416).