

## CONSEIL CONSTITUTIONNEL

### OBSERVATIONS EN INTERVENTION AU SOUTIEN D'UNE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

- POUR :**
- 1°) L'association Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés (GISTI), dont le siège se situe 3, villa Marcès, 75011 Paris, représentée par sa présidente en exercice domiciliée en cette qualité audit siège
  - 2°) Le Syndicat des Avocats de France (SAF), dont le siège se situe 34, rue Saint-Lazare, 75009 Paris, représenté par sa présidente en exercice domiciliée en cette qualité audit siège
  - 3°) L'association Médecins du Monde, dont le siège se situe 62 rue Marcadet, 75018 Paris, représentée par son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège
  - 4°) L'association Comité Inter-Mouvements Auprès des Evacués (CIMADE), dont le siège se situe 64, rue Clisson, 75013 Paris, représentée par son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège
  - 5°) L'association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Etrangers (ANAFE), dont le siège se situe 21 ter, rue Voltaire, 75011 Paris, représentée par son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège
  - 6°) Le Syndicat de la magistrature, dont le siège se situe 12-14, rue Charles Fourier, 75013 Paris, représenté par sa présidente en exercice domiciliée en cette qualité audit siège
  - 7°) L'association Le Secours Catholique, dont le siège se situe 106, rue du Bac 75341 Paris Cedex 07, représentée par sa présidente en exercice domiciliée en cette qualité audit siège

**CONTRE :** 1) Le Conseil départemental de l'Ain

*SCP Nicolaj, de Lanouvelle et Hannotin*

2) Le procureur général près la cour d'appel de Lyon

**EN PRESENCE DE :** M. A S

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE n° 2018-768

## FAITS ET PROCEDURE

I. M. A S, déclarant être né le 10 janvier 2001 à Conakry, en République de Guinée, est arrivé à Mâcon le 27 avril 2016, après avoir passé quelques jours à Paris.

Pris en charge par le Dispositif d'accueil pour mineurs isolés étrangers (DAMIE) le 15 juin 2016, il a fait l'objet d'une évaluation sociale.

Les conclusions du rapport de celle-ci étaient notamment les suivantes :

*« La fluidité et la spontanéité du discours d'A ... laisse entrevoir une certaine naïveté chez ce jeune... A n'a montré aucune stratégie dans son discours, laissant plutôt apparaître une totale transparence dans les propos qu'il a tenus.*

*Concernant son parcours d'exil, il a toujours suivi un adulte sans se poser de question ce qui dénote une attitude enfantine et vulnérable... enfin le jeune présente une typologie du visage (pas de barbe, petite pomme d'Adam faisant état d'une entrée dans la puberté, traits d'un visage poupon) et corporelle (taille moyenne, épaules peu développées) qui semble correspondre à l'âge inscrit sur ses documents.*

*Il convient en effet de préciser que le jeune S était en possession d'un jugement supplétif du Tribunal de Première instance de CONAKRY 3 MAFENCO ainsi que d'un extrait du registre de transcription (naissance) ».*

Le rapport concluait que l'ensemble de ces éléments confirmait que l'âge de M. S correspondait à celui indiqué dans ses documents d'identité.

Par une ordonnance du 11 juillet 2016, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Mâcon a ordonné que M. S soit confié provisoirement à l'aide sociale à l'enfance (ASE) de l'Ain et s'est en conséquence dessaisi au profit du parquet de Bourg-en-Bresse territorialement compétent.

Le 12 juillet 2016, le procureur de la République de Bourg-en-Bresse a saisi le juge des enfants de son ressort.

Par un jugement du 20 juillet 2016, le juge des enfants de Bourg-en-Bresse a confié M. A S au conseil départemental de l'Ain jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'organisation d'une tutelle d'Etat et déclaré sa décision exécutoire par provision.

Le conseil départemental de l'Ain a indiqué au juge des enfants qu'A S avait refusé de se soumettre à une expertise osseuse.

Ce refus a eu une conséquence très lourde pour A S, puisque, par une décision du 26 mai 2017, le juge des enfants de Bourg-en-Bresse en a déduit qu'il n'était pas mineur et a levé la mesure de placement à l'aide sociale à l'enfance.

A S a interjeté appel de cette décision et, craignant que sa majorité soit à nouveau déduite de son refus de consentir aux examens osseux, a, cette fois-ci, accepté de s'y soumettre.

Par un arrêt du 14 novembre 2017, la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Lyon a, avant dire droit, ordonné une expertise médicale osseuse aux fins d'évaluation de l'âge physiologique minimum de M. A S et commis pour y procéder M. Laurent Fanton.

M. Fanton a remis son rapport le 24 avril 2018 et y a annexé le rapport odontolégal réalisé le 24 janvier 2018 par le docteur Tafrount Cheraz, chirurgien-dentiste.

Par un arrêt du 3 juillet 2018, la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Lyon a confirmé le jugement rendu par le juge des enfants de Bourg-en-Bresse le 26 mai 2017 en ce qu'il a ordonné la mainlevée de la mesure confiant M. A S au Conseil départemental de l'Ain.

M. A S a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt rendu par la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Lyon le 3 juillet 2018 et un pourvoi additionnel à l'encontre de l'arrêt rendu par la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Lyon le 14 novembre 2017.

A cette occasion, il a posé la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« 1 / L'article 388 du code civil méconnaît-il les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en permettant le recours à des expertises osseuses, procédé dont l'absence de fiabilité a été soulignée par divers organismes internes et internationaux, pour déterminer la minorité de l'intéressé, minorité dont dépend, pour les mineurs étrangers, la protection des autorités françaises ?

2 / L'article 388 du code civil méconnaît-il le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine en permettant le recours à des examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité de l'intéressé, procédé qui emporte des risques d'irradiation sans fin diagnostique ou thérapeutique ?

3 / L'article 388 du code civil méconnaît-il le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine en permettant le recours à des expertises osseuses pour déterminer la minorité de l'intéressé, qui constitue un examen invasif, sans interdire au juge de déduire de son refus de s'y soumettre son absence de minorité ?

4 / L'article 388 du code civil méconnaît-il le principe constitutionnel de protection de la santé garanti par l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en permettant le recours à des examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité de l'intéressé, procédé qui emporte des risques d'irradiation et qui est dénué de fin diagnostique ou thérapeutique ?

5 / L'article 388 du code civil méconnaît-il l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en permettant le recours à des expertises osseuses pour déterminer la minorité de l'intéressé et ainsi, en autorisant la divulgation de ses données médicales, sans interdire au juge de déduire de son refus de s'y soumettre son absence de minorité ?

6 / L'article 388 du code civil méconnaît-il les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des alinéas premiers du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du Préambule de de la Constitution du 4 octobre 1958 en subordonnant le recours à des expertises osseuses à la circonstance qu'il ne soit pas justifié de documents d'identité valables, sans définir suffisamment cette notion, et plus particulièrement, sans préciser si, dans ce cadre, une présomption de sincérité est attachée aux documents d'identité établis à l'étranger ? »

Le Défenseur des droits a rendu, le 3 décembre 2018, une décision au soutien de la transmission de cette question prioritaire de constitutionnalité (décision n° 2018-296).

Par un arrêt du 21 décembre 2018, la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée, jugeant qu'elle présentait un caractère sérieux, en ce que le recours aux examens radiologiques osseux pour évaluer la minorité serait susceptible de porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés garantis par les articles 2, 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, aux alinéas 1<sup>er</sup>, 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, à l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

C'est au soutien de cette question prioritaire de constitutionnalité que les exposants entendent intervenir.

## DISCUSSION

II. A titre liminaire, on soulignera que la présente question prioritaire de constitutionnalité s'inscrit dans le cadre d'un débat vif et nourri, tant en France qu'à l'international, sur le recours aux examens radiologiques osseux pour évaluer la minorité des personnes qui se présentent comme des mineurs isolés étrangers.

En effet, en France comme en Europe et au-delà de ses frontières, de nombreux juristes, médecins, organismes de défense des droits fondamentaux, institutions et associations contestent le recours à ces examens non fiables, emportant des risques d'irradiation sans fin diagnostique ou thérapeutique, et ce dans le seul but d'évaluer la minorité dont dépend, pour les mineurs isolés étrangers, la protection des autorités nationales.

Les dispositions législatives qui autorisent, en France, le recours à ces examens radiologiques osseux méconnaissent les droits et libertés garantis par la Constitution pour les différentes raisons pour lesquelles, précisément, il est contesté.

Après avoir justifié la recevabilité de la présente intervention (A), présenté les dispositions législatives contestées (B), il sera ainsi démontré qu'elles méconnaissent l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant (C1), le droit à la protection de la santé (C2), le principe de sauvegarde de la dignité humaine (C3), le droit au respect de la vie privée (C4), le droit au respect de l'intégrité physique (C5) et l'exigence constitutionnelle de précision de la loi combinée au principe d'égalité (C6).

### **A. La recevabilité des observations en intervention**

III. Aux termes de l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, tel que modifié par la décision n° 2011-120 ORGA du 21 juin 2011 :

«(al.2) Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de

constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1er et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1er. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission.

(al.3) Le dépassement du délai échu à cette date n'est pas opposable à une partie qui a posé devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, devant le Conseil d'État ou devant la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi lorsque, pour cette raison, cette question n'a pas été renvoyée ou transmise.

(al.4) Si ces observations en intervention comprennent des griefs nouveaux, cette transmission tient lieu de communication au sens de l'article 7 du présent règlement.

(al.5) Lorsque des observations en intervention ne sont pas admises par le Conseil constitutionnel, celui-ci en informe l'intéressé ».

L'article 10 du règlement intérieur modifié ajoute, dans son 2<sup>ème</sup> alinéa, que sont invités à présenter leurs éventuelles observations orales les représentants des personnes dont les observations en intervention ont été admises.

Sur le fondement de ces dispositions, et en raison de l'effet *erga omnes* des questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel admet largement la recevabilité des interventions devant lui.

Il considère que toute personne ayant un intérêt spécial doit pouvoir faire valoir son point de vue.

IV. En l'espèce, tant le GISTI, le SAF, l'association Médecins du Monde, la CIMADE, l'ANAFE, le Syndicat de la magistrature que le Secours Catholique ont un intérêt spécial à intervenir au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768 qui pose la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article 388 du code civil, en ce qu'il autorise le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité des personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers.

Le GISTI a, selon l'article 1<sup>er</sup> de ses statuts (Production n° 1), « pour objet de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des personnes étrangères ou immigrées, d'informer celles-ci des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits, de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité, de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ».

Il s'est ainsi donné pour mission notamment d'informer les étrangers sur les conditions d'exercice de leurs droits et de soutenir leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits.

Le SAF a notamment pour objet, selon l'article 2 de ses statuts (Production n° 2), « la recherche, avec les organisations représentatives des autres professions judiciaires, des bases d'une action commune pour une meilleure justice », « toute action relative au fonctionnement de la justice, aux conditions de détention, ainsi qu'aux droits des justiciables et de toute personne privée de liberté » ou encore « l'action pour la défense des droits de la défense et des libertés dans le monde ».

Il est ainsi habilité à soutenir toute action en justice en vue de la défense des droits fondamentaux des justiciables et en vue d'une meilleure justice.

L'association Médecins du Monde a, pour sa part, pour objet, selon l'article 1<sup>er</sup> de ses statuts (Production n° 3), de révéler « les risques de crises et de menaces pour la santé et la dignité afin de contribuer à leur prévention » et de dénoncer « par ses actions de témoignage les atteintes aux droits de l'homme et plus particulièrement les entraves à l'accès aux soins ».

Elle a donc pour but de soigner les populations les plus vulnérables et de prévenir par ses actions de témoignage les risques de crises et menaces pouvant porter atteinte aux droits de l'homme, particulièrement à la dignité humaine et à la santé.

Différents projets sont mis en œuvre par ses équipes (bénévoles et salariés) visant à l'amélioration de l'accès aux soins et aux droits des populations précaires, les plus éloignées de la prévention et des soins.

Les mineurs non accompagnés en font partie, alors même qu'ils n'ont à priori pas vocation à solliciter l'assistance de cette association – ils devraient, comme la loi le prévoit, bénéficier d'une protection du conseil départemental au titre de l'enfance en danger.

Par ailleurs, l'association est sollicitée par de nombreux mineurs non accompagnés dans le cadre de ses autres programmes : centres de soins, maraudes auprès de publics en squat ou à la rue, veilles sanitaires ou missions auprès des personnes se prostituant ainsi que sur nos programmes migrants à Calais ou à la frontière franco-italienne.

Médecins du Monde porte en outre depuis plusieurs années un plaidoyer sur un accueil digne des personnes migrantes, ainsi que l'accès à la protection de l'enfance pour les enfants et adolescents non accompagnés. L'Association porte aussi une parole forte contre l'utilisation de la médecine à des fins de gestion de flux migratoires et notamment contre l'utilisation des tests de maturation osseuse, dentaire ou pubertaire.

Enfin, elle a proposé, dans le cadre de ses actions de plaidoyer, la suppression des tests médicaux d'évaluation de l'âge dans le cadre de la loi de protection de l'enfance en 2016.

Quant à la CIMADE, elle a pour but, selon l'article 1<sup>er</sup> de ses statuts (Production n° 4), « *de manifester une solidarité active avec les personnes opprimées et exploitées* », elle « *défend la dignité et les droits des personnes réfugiées et migrantes, quelles que soient leurs origines, leurs opinions politiques ou leurs convictions* » et « *lutte contre toute forme de discrimination et, en particulier, contre la xénophobie et le racisme* ».

Elle défend donc aussi les droits et la dignité des étrangers.

L'ANAFE a, selon l'article 3 de ses statuts (Production n° 5), pour objet d'« *agir en faveur des droits des personnes qui se trouvent ou se sont trouvées en difficulté aux frontières* » et elle exerce son activité, selon l'article 4 de ses statuts, « *notamment dans chaque aéroport, port, autre zone frontalière ou d'attente* ».

Dans l'exercice de cette activité, elle a toujours porté une attention particulière à la situation des mineurs placés en zone d'attente en les

accompagnant dans le cadre de ses permanences juridiques, en agissant en justice au soutien de dossiers et en participant à des mobilisations inter-associatives sur la question du sort réservé aux mineurs enfermés pour des raisons administratives.

Or, en zone d'attente, le recours aux examens radiographiques osseux demeure aujourd'hui le seul outil utilisé pour déterminer la minorité, y compris pour certains mineurs pourtant en possession d'un document d'état civil dont le caractère falsifié ou usurpé n'a pas été démontré.

Le Syndicat de la magistrature a, selon l'article III de ses statuts (Production n° 6, notamment pour objet de « *veiller à la défense des libertés et des principes démocratiques* » et, à cette fin, « *d'engager toutes actions, y compris contentieuses, tendant à assurer le respect des droits et libertés à valeur constitutionnelle ou garantis par les conventions internationales, ou de s'y associer* ».

Enfin, le Secours Catholique a, aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de ses statuts (Production n° 7), pour objet « *le rayonnement de la charité chrétienne* » et, à cet effet, « *d'apporter, partout où le besoin s'en fera sentir, à l'exclusion de tout particularisme national ou confessionnel, tout secours et toute aide, directe ou indirecte, morale ou matérielle, quelles que soient les opinions philosophiques ou religieuses des bénéficiaires* ».

C'est ainsi qu'il est régulièrement amené à apporter son secours personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers qui sont dans le besoin, en particulier lorsqu'ils ont été jugés majeurs, en vertu de tests radiologiques osseux qui, comme on le verra, ne sont pas fiables.

La présente question prioritaire de constitutionnalité porte, précisément, sur le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité des personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers.

Elle soutient que ce recours aux examens radiologiques osseux méconnaît notamment l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant, le droit à la protection de la santé, le principe de sauvegarde de la dignité humaine, le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de l'intégrité physique des étrangers.

Elle entre ainsi dans le champ d'action du GISTI, du SAF, de Médecins du Monde, de la CIMADE, de l'ANAFE, du Syndicat de la magistrature et du Secours Catholique.

Eu égard à leur objet statutaire et à la nature de la question prioritaire de constitutionnalité posée, le GISTI, le SAF, Médecins du Monde, la CIMADE, l'ANAFE, le Syndicat de la magistrature et le Secours Catholique justifient donc d'un intérêt spécial à intervenir devant le Conseil constitutionnel au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768.

V. Par ailleurs, conformément aux articles 10 et 11 de ses statuts et par délibération du 7 janvier 2019 (Production n° 8), le bureau du GISTI a décidé de l'intervention de l'association au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768 et autorisé Mme Vanina Rochiccioli, sa présidente, à la représenter dans le cadre de cette instance.

De même, conformément à l'article 11 de ses statuts et par délibération du 11 janvier 2019 (Production n° 9), le bureau du SAF a décidé de l'intervention du syndicat au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768.

Sa présidente dispose d'un mandat général pour représenter le syndicat devant toutes les juridictions, dans toutes les instances où le syndicat est demandeur, défendeur, intervenant volontaire ou forcé et à toute hauteur de cause.

En vertu de l'article 10 des statuts de Médecins du Monde, son président représente l'association en justice et a le pouvoir d'engager des actions judiciaires devant toutes les juridictions pour la défense des intérêts de l'association et de ses membres, sans délibération l'y autorisant.

Conformément à l'article 7.2 de ses statuts et par délibération du 8 janvier 2019 (Production n° 10), le bureau de la CIMADE a autorisé son président à intervenir volontairement à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768.

En application de l'article 10 de ses statuts et par délibération du 9 janvier 2019 (Production n° 11), le bureau de l'ANAFE a désigné son président, M. Alexandre Moreau, pour mandater Me Zribi pour déposer et défendre un mémoire

d'intervention au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768.

En application de l'article XX de ses statuts et par une décision du 11 janvier 2019 (Production n° 12), la présidente du Syndicat de la magistrature a autorisé, vu l'urgence, le Syndicat de la magistrature à intervenir volontairement au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768.

Enfin, conformément à l'article ... de ses statuts et par délibération du ... 2019 (Production n° 13), le bureau du Secours Catholique a décidé de l'intervention de l'association au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768.

Sa présidente, ou son mandataire, dispose d'un mandat général pour représenter l'association en justice.

Il s'ensuit que l'intervention collective du GISTI, du SAF, de Médecins du Monde, de la CIMADE, de l'ANAFE, du Syndicat de la magistrature et du Secours Catholique au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2018-768 est recevable.

## **B. Les dispositions législatives dont la constitutionnalité est contestée**

**VI.** Le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer si une personne est mineure a été consacré dans le code civil par la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

L'article 388 du code civil, dans sa rédaction issue de cette loi, dispose que :  
*« 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 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.*

*En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires ».*

Le recours à des examens radiologiques osseux peut ainsi être autorisé, dans le cadre d'une expertise judiciaire, pour déterminer la minorité des personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers, dont est susceptible de dépendre la protection des autorités nationales.

Ces examens radiologiques osseux sont de deux types.

Ils consistent en une radiographie de la main et du poignet d'une part, et en une radiographie de la clavicule d'autre part.

Selon une note technique de « Médecins du Monde » d'août 2017, produite au soutien de ce mémoire (Production n° 14), la méthode principale utilisée est l'examen radiographique du poignet basé sur l'Atlas de Greulich et Pyle, qui a été élaboré à partir de tests réalisés entre 1935 et 1941 sur des enfants nord-américains bien portants, issus des classes moyennes.

L'Atlas de Greulich et Pyle a été initialement conçu à des fins médicales, à savoir pour détecter, chez des enfants d'âge connu, un trouble de croissance ou de maturation osseuse – et non pour estimer leur âge.

Le cliché des os de la main et du poignet de l'enfant est comparé à ceux de l'Atlas où est reproduit, pour chaque tranche d'âge, le cliché correspondant à la maturation osseuse moyenne au plan statistique, déterminée à partir d'une centaine de clichés pour chaque âge.

Les seconds examens osseux pratiqués correspondent, pour leur part, à un examen de la clavicule.

Cet examen, réalisé par radiographie, consiste à examiner si l'épiphyse, l'os des clavicules, est ou non fusionnée, étant précisé que l'on distingue à cet égard cinq stades (Production n° 14).

Les dispositions de l'article 388 du code civil, en ce qu'elles prévoient le recours à ces examens radiologiques osseux, dans le cadre de la détermination de l'âge des mineurs isolés étrangers, ne sont pas conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution, pour les différentes raisons qui seront exposées ci-après.

### **C. Les droits et libertés garantis par la Constitution méconnus par l'article 388 du code civil**

VII. Le recours, prévu par la loi, aux examens radiologiques osseux porte atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant (1), au droit à la protection de la santé du mineur (2), au principe de sauvegarde de la dignité humaine (3), au droit au respect de la vie privée (4), au droit au respect de l'intégrité physique (5) et à l'exigence constitutionnelle de précision de la loi combinée au principe d'égalité (6).

#### **1. La méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant**

VIII. L'alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

Quant au 11<sup>ème</sup> alinéa de ce Préambule, il dispose que la Nation « *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. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Le Conseil constitutionnel considère que ces textes impliquent la protection des droits de l'enfant ou, dit autrement, le respect d'une exigence de conformité à l'intérêt de l'enfant (Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC §§ 77 et 78 ; Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, §§ 52 et 53 ; Cons. const., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, § 51).

Il a ainsi jugé que « les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 [et] que, sous cette réserve, les dispositions des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ne méconnaissent pas les exigences du dixième alinéa du Préambule de 1946 » (Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, § 53).

Dans la même décision, il a également considéré que « les dispositions contestées ne dérogent pas aux dispositions de l'article 353 du code civil, selon lesquelles l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de l'adoptant si les conditions de la loi sont remplies » et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant » ; que ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant », de sorte que « le grief tiré de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient le dixième alinéa du Préambule de 1946 doit être écarté » (ibid., § 54).

Plus récemment, il a jugé que « le législateur a prévu, afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant, que ce dernier, s'il est capable de discernement, soit informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge » et que compte tenu notamment de cette garantie apportée à la procédure conventionnelle de divorce par consentement mutuel, le législateur n'a pas méconnu le dixième alinéa du Préambule de 1946 (Cons. const., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, §§ 51 et 52).

Le législateur est donc tenu de respecter l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant.

C'est au regard de cette exigence que, dans un rapport du 20 septembre 2017, la division des droits des enfants du Conseil de l'Europe a indiqué qu'« une procédure de détermination de l'âge devrait généralement être lancée dans l'objectif de protéger les droits fondamentaux de l'enfant, de protéger l'enfant contre toute forme de violence ou d'exploitation, et de promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle procédure ne devrait pas être lancée de façon systématique ou arbitraire, mais seulement lorsque l'évaluation est considérée

comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Des considérations liées à la gestion des migrations ne devraient pas déterminer la nécessité d'une procédure de détermination de l'âge (Production n° 14, pp. 13 et 14).

Or, les dispositions de l'article 388 du code civil, qui prévoient que le juge peut ordonner des examens radiologiques osseux, non fiables, pour déterminer si une personne a droit à la protection de l'Etat en tant que mineur, ne prennent pas en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

a. L'absence de fiabilité des examens radiologiques osseux

**IX.** Le recours aux examens osseux nourrit un très vif débat en France mais aussi à l'échelle internationale, depuis plusieurs années, en raison de leur absence de fiabilité pour déterminer si une personne est ou non mineure.

Cette absence de fiabilité résulte de deux circonstances.

**X.** D'une part, elle s'explique par l'anachronisme et l'inadaptation du référentiel utilisé à l'occasion des examens radiologiques du poignet.

Les expertises du poignet se fondent en effet sur des tables de référence anciennes et non adaptées qui ne prennent pas en compte l'histoire ethnique et culturelle du mineur.

Ces tables de référence ont été établies à partir de tests réalisés entre 1935 et 1941 sur des enfants nord-américains bien portants, issus des classes moyennes.

Elles ne prévoient aucune variante en fonction de l'origine géographique et des conditions socio-nutritionnelles des personnes auxquelles elles s'appliquent.

Et pour cause, elles ont été établies pour détecter, chez des enfants d'âge connu, un trouble de croissance ou de maturation osseuse, et non en vue de déterminer l'âge de personnes se prétendant mineurs ; « *c'est une manière dévoyée d'utiliser cette méthode* » estime le Dr Serge Lipski, radiologue (Production n° 15, p. 16).

Surtout, la variabilité en fonction de l'origine géographique et des conditions socio-nutritionnelles est difficilement objectivable (Production n° 14).

Aussi, de nombreuses études ont pu constater que l'Atlas qui sert de référence aux examens radiologiques du poignet n'est pas adapté à toutes les populations actuelles.

Par exemple, il sous-estime les filles chinoises et surestime les hommes maliens (Production n° 15, p. 9).

Une meilleure corrélation existe par exemple entre l'âge osseux et l'âge civil dans les populations française et québécoise que dans un échantillon marocain (Production n° 14).

Et, concernant l'Afrique sub-saharienne, deux publications récentes ont mis en évidence « *une inadéquation avec les standards occidentaux et un retard global de maturation* » (pièce n° 16 produite devant la Cour de cassation).

Ainsi, le Comité consultatif national d'éthique relève que les références contenues dans l'Atlas recèlent, en elles-mêmes, un risque d'erreur majeur à l'égard d'enfants non caucasiens, originaires d'Afrique, dont le développement osseux peut être tout à fait hétérogène par rapport aux références anglo-saxonnes de l'Atlas et qui peut être profondément affecté par des carences ou des pathologies inconnues dans les populations de référence remontant à plus d'un demi-siècle (pièce n° 7 produite devant la Cour de cassation).

Même au sein de la population caucasienne, constate-t-il, le développement osseux comporte une grande hétérogénéité et, depuis 50 ans, les signes de maturation osseuse ont évolué en fonction de divers facteurs, en particulier nutritionnels (*ibid.*).

Les examens radiologiques osseux du poignet manquent donc de fiabilité en raison, déjà, de l'anachronisme et de l'inadaptation du référentiel sur lequel ils se fondent.

XI. D'autre part, l'absence de fiabilité des examens radiologiques osseux résulte de l'imprécision des résultats des examens radiologiques du poignet et de la clavicule.

Comme l'a relevé le Défenseur des droits dans sa décision n° 2018-296 du 3 décembre 2018, il ressort de deux études réalisées en Italie et en France, dont les résultats ont été publiés respectivement en 2011 et 2014, que les écarts constatés entre l'âge chronologique des individus et leur âge osseux peuvent être dans certains cas extrêmement importants (M. Tisè, L. Mazzarini, G. Fabrizzi, L. Ferrante, R. Giorgetti et A. Tagliabracci, « *Applicability of Greulich and Pyle method for age assessment in forensic practice on an italian sample* », International Journal of Legal Medicine, May 2011, Vol. 125, Issue 3, pp. 411-416 ; D. Zabet, C. Rérolle, J. Pucheux, N. Telmon et P. Saint-Martin, « *Can the Greulich and Pyle method be used on French contemporary individuals?* », International Journal of Legal Medicine, January 2015, Vol. 129, Issue 1, pp. 171-177).

S'agissant des examens du poignet, ces études ont montré qu'ils ne permettent de déterminer l'âge osseux que par la référence à un écart-type qui augmente avec l'âge et qui n'est pas précis puisque lorsqu'on regarde la planche 17 ans, l'écart-type correspond à plus ou moins deux écarts-types, soit un âge évalué à plus ou moins 26 mois près.

Lorsqu'on regarde la planche 18 ans, on peut, de même, avoir entre 15,6 ans et 19,7 ans pour les hommes et entre 16,2 ans et 20 ans pour les femmes.

La probabilité d'avoir plus de 18 ans quand on a un poignet fusionné est certes plus importante que la probabilité d'avoir moins de 18 ans (de l'ordre de 80%), mais il reste néanmoins une probabilité de n'avoir que 15 ans qui ne peut pas être ignorée.

Le plus jeune homme dont les os du poignet étaient fusionnés avait ainsi 15,4 ans, et la plus jeune femme avec un poignet fusionné avait 15,1 ans.

C'est ce qui fait dire au Dr Laurent Martrille que « *si le médecin conclut selon l'atlas Greulich et Pyle que la personne a plus de 19 ans, il fait une erreur professionnelle. La science aujourd'hui ne permet pas de dire cela. Il faudrait dire « en moyenne, nous avons plus de 90% de chances d'avoir plus de 18 ans, mais il peut avoir plus de 18 ans voire 15 ans* » » (Production n° 15, p. 9).

C'est donc à de simples probabilités que peut aboutir la comparaison des résultats des tests osseux à l'Atlas Greulich et Pyle, probabilités qui sont particulièrement peu précises entre 15 et 18 ans.

S'agissant des examens de la clavicule, la même imprécision est constatée.

Ces examens consistent à évaluer le degré de fusion de la partie interne de la clavicule, le petit noyau appelé épiphyse.

Cinq stades sont distingués.

Selon une étude analysée par le groupe Infomie (Production n° 15, pp. 10 et 11), au stade 2, l'épiphyse n'est pas fusionnée et la moyenne d'âge est de 18,9 ans, à 1,7 ans près. Mais le premier à avoir atteint ce stade 2 avait 15 ans.

Au stade 3, l'épiphyse est davantage fusionnée mais l'intéressé peut encore avoir moins de 18 ans.

Même si, en moyenne, aux stades 2 et 3, les personnes ont de 18 à 20 ans, ils peuvent donc avoir, avec la marge d'erreur, entre 16 et 27 ans.

La seule certitude scientifique, à ce jour, tient à ce que lorsque sont atteints les stades 4 et 5, c'est-à-dire lorsque l'épiphyse est entièrement fusionnée, les intéressés n'ont pas moins de 20 ans.

En résumé, le docteur Laurent Martrille note donc que « quand on est entièrement fusionné, on ne peut, pour l'instant, avoir moins de 20 ans. En revanche, pour les stades 2 et 3, même si en moyenne, c'est 18, 20 ans, on peut avoir entre 16 et 27 ans. Encore une fois, cela montre qu'il est toujours impossible de dire si on a plus ou moins 18 ans » (Production n° 15).

En outre, « deux problèmes techniques sont [...] mentionnés par la littérature scientifique dans le cas de la radiographie de la clavicule : le risque de sur-projection et l'absence d'un consensus international sur la position et l'angle dans laquelle la radiographie doit être prise. En effet, si l'épiphyse de la clavicule n'est pas vue sur la radiographie, il est conclu que la personne est majeure. Tant que l'épiphyse est visible cela veut dire que la clavicule n'est pas encore arrivée à

*maturation et donc que la personne est probablement mineure. Or, en fonction de l'angle et la position de la personne lors de la radiographie, il est tout à fait possible de ne pas avoir radiographié l'endroit où se trouve l'épiphyse et donc de conclure de manière erronée à une maturation complète et à la majorité de la personne » (Production n° 16, rapport d'ONG belges, « L'estimation de l'âge des MENA en question : problématique, analyse et radiographies », sept. 2007, p. 21).*

*Au total, pour Mme Odile Diamant-Berger, Maître de Conférences honoraire des Universités Médecine Légale, expert agréé par la Cour de Cassation, « les critères radiologiques relevés sont « MAUVAIS scientifiquement » SURTOUT entre 15 ans et 18 ans. Les méthodes citées ci-dessus ne prennent pas en compte les réelles différences de croissance et de maturation osseuse liées à l'origine ethnique et aux carences nutritionnelles dont souffrent bien souvent des individus. L'estimation ne peut donc être transposée qu'avec un certain facteur d'imprécision » (Production n° 17).*

**XII.** De nombreux médecins ont donc condamné le recours à ces tests radiologiques osseux

*Une déclaration européenne des professionnels de santé, signée par l'ordre des médecins français le 9 novembre 2010, a ainsi demandé « que les actes médicaux réalisés non dans l'intérêt thérapeutique du patient mais dans le cadre des politiques d'immigration, soient bannis, en particulier les radiologies osseuses » (Production n° 18).*

*L'Académie nationale de médecine a fait savoir que l'utilisation de l'Atlas de Greulich et Pyle pour la détermination de l'âge osseux n'est plus fiable au-delà de 15 ans au regard de l'écart-type de 1 à 2 ans observé, la lecture de l'âge osseux par radiographie ne permettant pas de distinction nette entre 16 et 18 ans. Afin d'améliorer la fiabilité de cet Atlas, elle a recommandé une évaluation pluridisciplinaire de l'âge osseux (incluant un spécialiste en radiologie et un endocrino-psychiatre) et une vérification des évaluations concordantes, six mois après le premier rendez-vous (Production n° 19).*

*Dans un avis du 23 janvier 2014, le Haut Conseil de la santé publique a, quant à lui, souligné que « la détermination de l'âge d'un individu lorsqu'il est adolescent ou jeune adulte est imprécise », que « les outils dont disposent actuellement les médecins légistes ne permettent pas d'estimer l'âge avec un degré de certitude à*

hauteur des enjeux » et que « la détermination d'un âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge exact du jeune lorsqu'il proche de la majorité légale. La détermination d'un âge physiologique sur le cliché radiologique est à proscrire » (pièce n° 10 produite devant la Cour de cassation).

La société française de pédiatrie s'est prononcée dans le même sens en 2016 en affirmant qu'« il fait exclure tout recours à un examen médical, notamment aux tests d'âge osseux, pour établir l'âge civil des mineurs étrangers isolés » (Production n° 20).

Le Dr Serge Lipski, radiologue, a encore insisté sur le fait qu'avec les examens du poignet et de la clavicule, « il y a toujours un intervalle d'incertitude qui donne une possibilité que le jeune soit mineur » (Production n° 15, p. 16).

En conséquence, a-t-il poursuivi, « si je suis la loi, le doute profite à l'intéressé, donc la réponse devrait être toujours la même. Donc pourquoi vouloir poursuivre dans cette voie ? » (ibid.).

Il en a déduit qu'« il faut interdire la pratique des déterminations médicales de l'âge chronologique d'un mineur » (ibid.).

Le Dr Catherine Adamsbaum, chef du service de radiologie pédiatrique de l'hôpital Bicêtre, a également relevé qu'« il existe une marge d'erreur à double échelle ». Tout d'abord, la marge inhérente à la subjectivité de la méthode elle-même. Cette marge d'erreur est estimée entre 12 et 24 mois, même dans les mains de radiologues entraînés, et ne permet en aucun cas de déterminer un âge précis, encore moins sur la tranche d'âge allant de 16 à 18 ans, qui est pourtant celle où on a le plus recours à ce genre de test. Ensuite, « la variabilité inter-individuelle » : si l'atlas définit une norme, il ne prend pas en compte les cas extrêmes, c'est-à-dire les personnes ayant une maturation osseuse précoce, ou au contraire tardive. Par exemple, il n'est pas rare que des jeunes filles aient achevé leur croissance osseuse dès 16 ans et demi. Par ailleurs, l'atlas de Greulich et Pyle a été établi sur une population caucasienne aisée des Etats-Unis dans les années 1940. Difficile de savoir s'il s'applique à des personnes issues d'autres pays et, surtout, ayant eu une alimentation différente au cours de leur vie (Production n° 21).

Le Dr Patrick Charriot observe ainsi que : « *contrairement aux attentes judiciaires, l'âge osseux n'est pas un détecteur de mensonges* » (Production n° 22).

**XIII.** L'absence de fiabilité de ces examens osseux, qui est acquise et qui, d'ailleurs, n'est pas contestée, a également conduit d'autres instances chargées d'éclairer le débat public sur les questions scientifiques et médicales à émettre des réserves, ou à proposer de les proscrire.

Ces critiques portent sur l'anachronisme et l'inadaptation du référentiel utilisé à l'occasion des examens radiologiques du poignet.

Le Comité consultatif national d'éthique a ainsi estimé, dès 2005, qu'il « *est particulièrement inquiétant, à une époque où se développe une médecine « fondée sur les preuves », de voir pratiquer, à des fins, judiciaire des examens dont la signification et la validité, par rapport à l'objet même de la demande d'expertise, n'ont pas été évalués depuis plus de 50 ans [...]* Ainsi, pour répondre aux questions posées, le CCNE confirme l'inadaptation des techniques médicales utilisées actuellement aux fins de fixation d'un âge chronologique » et que « *rien ne peut certifier qu'un adolescent n'a pas l'âge qu'il déclare alors même que sa maturation osseuse, sa puberté et/ou ses dents de sagesse indiqueraient le contraire* » (pièce n° 7 produite devant la Cour de cassation).

Les critiques portent également sur l'imprécision des résultats des examens radiologiques du poignet et de la clavicule.

Dans un rapport sur les droits fondamentaux des étrangers en France de 2016, le Défenseur des droits a ainsi condamné l'utilisation des tests osseux, indiquant être résolument opposé à l'utilisation de ces examens médicaux, qui, tels qu'ils sont actuellement pratiqués, sont inadaptés, inefficaces et indignes (Production n° 23).

Il a déploré que la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant ait doté le recours aux examens radiologiques osseux d'une base légale dont ils étaient jusqu'alors dépourvus et regretté que cette légalisation ne soit pas accompagnée, à tout le moins, d'un encadrement précis et exigeant (*ibid.*).

En conséquence, il a réitéré sa recommandation de 2012 selon laquelle il doit être mis un terme au recours aux examens médicaux d'âge (*ibid.*), position

qu'il a une nouvelle fois exprimée dans l'instance dans le cadre de laquelle la présente question prioritaire de constitutionnalité a été posée (décision n° 2018-296 du 3 décembre 2018).

Plus largement, dans un avis du 26 juin 2014 sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national, la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme a recommandé « *qu'il soit mis fin à la pratique actuelle consistant à ordonner des expertises médico-légales de détermination de l'âge reposant sur des examens physiques du jeune isolé étranger* » (pièce n° 11 produite devant la Cour de cassation).

Elle a aussi émis le vœu, « *à l'égard de ceux qui se revendiquent mineurs, que le principe soit celui de la présomption de minorité, elle-même fondée sur deux présomptions : celle d'authenticité des documents produits et celle de légitimité de leur détenteur. Néanmoins, ces présomptions étant simples, une décision de justice spécialement motivée peut conclure à la majorité du jeune au vu d'un faisceau d'expertises psychologiques et d'évaluations sociales et éducatives. Le mineur ou son représentant légal doit en outre avoir la possibilité d'accéder au contenu du dossier d'évaluation et de demander une contre-expertise ou une nouvelle évaluation de l'âge* » (ibid.).

Quant au Comité des droits de l'Enfant en charge de contrôler la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, il a fait part de ses préoccupations et a invité la France à mettre un terme à l'utilisation de ces tests comme méthode principale de détermination de l'âge des jeunes migrants (Production n° 24).

En France, en 2015, un appel à proscrire les tests osseux sur les mineurs isolés étrangers a recueilli 12.000 signatures de magistrats, d'avocats, de médecins, de scientifiques, d'intellectuels, de responsables syndicaux, associatifs, d'ONG de premier plan, de parlementaires et d'élus et dirigeants de plusieurs partis politiques (Production n° 25).

L'absence de fiabilité des expertises radiologiques osseuses, à raison de leur imprécision, qui s'ajoute à l'inadaptation du référentiel sur lequel se fonde les examens du poignet, est donc largement dénoncée.

En dépit de cette absence de fiabilité, les expertises radiologiques osseuses constituent, du fait de la nature que leur confère la loi elle-même, une pièce maîtresse dans la détermination de la minorité de la personne.

*b. Le rapport d'expertise judiciaire : une pièce maîtresse par nature*

**XIV.** De par la nature que lui confère l'article 388 du code civil, à savoir, celle d'une expertise judiciaire, le rapport résultant des examens osseux sera une pièce maîtresse pour le juge, saisi d'un litige portant sur le placement d'une personne à l'aide sociale à l'enfance.

En raison de cette nature d'expertise judiciaire, si le juge ne peut pas, comme le précise l'article 388 du code civil, se fonder exclusivement sur cet élément, il ne s'agit pas d'un élément de preuve comme les autres.

Elle est, précisément, une mesure qui, par nature, permet d'éclairer le juge sur un aspect technique qui échappe à sa compétence.

Le juge, qui n'est pas un médecin, doit donc pouvoir se fier à l'exactitude scientifique du rapport qui fait l'objet de la mesure d'instruction qu'il ordonne et à la fiabilité de ses résultats.

On le voit très clairement dans d'autres matières comme, dans le contentieux de la sécurité sociale, en matière de taux d'incapacité (Soc., 9 mai 1996, pourvoi n° 94-17.952, Bull. civ. V, n° 185 ; Soc., 27 mars 1997, pourvoi n° 95-17.395, Bull. civ. V, n° 129) ou, dans le contentieux des mesures de protection juridique, en matière d'altération des facultés mentales (Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 1990, pourvoi n° 87-13.902, Bull. civ. I, n° 23).

Le fait que les conclusions des examens radiologiques osseux ne puissent pas exclusivement fonder la décision du juge, dans la détermination de la minorité, n'est pas de nature à neutraliser l'atteinte à la protection de l'enfance que le recours à de tels tests est susceptible d'entraîner.

En effet, ces examens radiologiques osseux constituent, de par leur nature même, une pièce maîtresse, pour le juge.

Car le droit n'envisage pas les expertises judiciaires, comme des éléments de preuve comme les autres.

Cela est manifeste dans l'exigence de motivation que la Cour de cassation pose à cet égard ; elle décide en effet que les juges du fond doivent motiver particulièrement leur décision lorsqu'ils décident de s'écarter d'une expertise judiciaire (Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 mars 1968, Bull. civ. III, n° 135 ; Soc., 27 mai 1999, pourvoi n° 97-22.035 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mars 2003, pourvoi n° 01-01.673, Bull. civ. I, n° 74).

La Cour européenne des droits de l'homme accorde également à l'expertise judiciaire une autorité toute particulière en décidant que, dans la mesure où les opérations d'expertise sont « susceptibles d'influer de manière prépondérante » sur l'appréciation que le juge porte sur les éléments de fait, une attention particulière doit être accordée au rôle joué par le technicien dans l'instance dans laquelle il a été amené à intervenir, en particulier sous l'angle de l'égalité des armes (v. CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, Rec. 1997-II, § 36 ; CEDH, 28 mai 2014, *Martins Silvas c. Portugal*, req. n° 12959/10).

Le fait que la mesure d'expertise soit, comme le dit la Cour européenne, susceptible d'influer fortement sur l'appréciation portée par le juge sur l'élément de fait sur lequel elle porte se comprend aisément ; car une telle expertise confiée par le juge à un homme de l'art, et plus particulièrement à un médecin, a pour but de lui apporter une vérité scientifique à laquelle il ne pourrait pas accéder seul.

Le juge est donc enclin, lorsqu'il a ordonné les examens osseux, à se déterminer non pas exclusivement – car cela lui est interdit – mais de façon prépondérante sur les résultats de cette mesure d'instruction.

Les décisions des juges du fond, et notamment celle qui fait l'objet du pourvoi dans la cadre duquel la présente question est posée, en sont les témoins.

Au regard de cette autorité particulière du rapport établi à l'issue des tests osseux, les circonstances que le juge ne les ordonne pas automatiquement, mais qu'ils soient présentés comme subsidiaires par l'article 388 du code civil, que le juge ne puisse pas se fonder exclusivement sur ces examens osseux, ou encore que le doute doive profiter à la personne, ne peuvent pas suffire à neutraliser l'absence de fiabilité des tests osseux, qui demeurent une pièce

susceptible d'influer de manière prédominante sur le litige, alors même que la marge d'erreur peut aller jusqu'à deux voire trois ans.

**XV.** On soulignera que si la loi prévoit que les médecins doivent, en principe, indiquer la marge d'erreur associée aux conclusions des examens osseux, rien dans l'article 388 du code civil ne conduit à sanctionner cette obligation par la mise à l'écart du rapport.

Et en pratique, comme l'a souligné une note de Médecins du Monde de 2017, cette marge n'est pas toujours indiquée : *« certains médecins n'indiquent pas l'écart-type et se prononcent sur un âge précis, ou un âge supérieur à 18 ou 19 ans, sans préciser la fourchette d'incertitude. De nombreux rapports de réquisition sont lacunaires. Parfois, il s'agit de rapports uniformisés avec des cases à cocher »* (Production n° 14).

Par exemple, au centre hospitalier de Brest, il a été constaté *« dans les certificats médicaux fournis en réponse aux réquisitions, des réponses binaires (plus de 18 ans, moins de 18 ans, ne se prononce pas) ; parfois sans notion de marge d'erreur (test osseux) »* (Production n° 26).

Le comité d'éthique du centre hospitalier de Brest a donc relevé *« plusieurs problèmes liés au non respect de la circulaire du 19 avril 2017, quant au caractère subsidiaire et non suffisant de l'examen osseux, quant à la réalité du consentement du mineur, quant à l'absence de précision de la marge d'erreur et du rappel du caractère relatif de la fiabilité de l'examen, et finalement quant à la motivation des décisions judiciaires. En l'espèce, le doute ne profite pas au mineur, puisque la seule expression du résultat du test osseux en l'absence de toute relativisation, écarte, pour certains, tout doute au nom de la prétendue spécificité de ces tests »* (ibid.).

En l'absence de sanction, prévue par la loi, de l'absence d'indication de la marge d'erreur, l'exigence prévue par la loi de sa mention n'a donc aucune véritable portée et ne peut, là non plus, venir neutraliser l'atteinte à la protection de l'enfance, résultant du recours à ces tests non fiables.

Cette atteinte à la protection de l'enfance se déduit des conséquences très lourdes d'une erreur du juge quant à la minorité de la personne, erreur qui, comme on l'a vu, est un risque important du recours aux tests osseux.

c. Une absence de fiabilité de l'expertise osseuse, lourde de conséquences

**XVI.** Le recours à cette mesure d'instruction non fiable et l'erreur sur l'âge qu'il peut causer sont susceptibles d'entraîner des conséquences très lourdes pour les personnes.

En effet, des résultats des examens osseux vont dépendre la protection du mineur accordée par l'Etat.

La protection accordée par l'Etat comprend, en vertu de la loi du 14 mars 2016, l'hébergement du mineur, son accès aux soins, à l'éducation, à la formation professionnelle ou encore au soutien psychologique.

Aux termes de l'article L. 112-3 du code de l'action sociale et des familles, elle vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits.

L'absence de fiabilité de cette expertise fait donc courir un risque très important que la minorité d'enfants soit remise en cause de façon infondée, en raison d'une expertise défavorable, et que des mineurs isolés soient ainsi privés de la protection spéciale à laquelle ils peuvent prétendre en vertu de la Constitution, notamment de l'accès à une protection spéciale garantie par l'Etat, des conditions nécessaires à leur développement, de la protection de leur santé, de la sécurité matérielle, de l'éducation, du repos et des loisirs.

Dans une publication du 16 août 2017, Médecins du Monde a fait état des défaillances du dispositif d'évaluation de la minorité et de ses graves conséquences ; ainsi, des mineurs isolés étrangers qui constituent un public fragilisé, sont surexposés à des risques sanitaires et à des troubles post traumatiques (Production n° 27).

Ces mineurs privés de protection et condamnés à errer dans la rue, sont en outre susceptibles d'être exposés aux abus et à la maltraitance : traite, racket par les passeurs, mendicité et délinquance forcées, ateliers clandestins, prostitution... (Production n° 28).

Ces risques ont été notamment soulignés par l'agence européenne de police, dans un article publié dans le Guardian, qui fait état notamment d'au moins 10.000 disparitions de mineurs entre 2014 et 2016 (Production n° 29).

Des exemples de mineurs, ainsi exposés aux risques précités, en raison d'une évaluation erronée de leur âge, suite à des tests osseux, ont pu être mis en avant par la presse et différentes associations.

Ainsi, en 2014, en France, le journal Le Monde a donné l'exemple d'une jeune congolaise, déclarée majeure à tort sur le fondement d'examens osseux, qui s'est retrouvée à la rue (Production n° 30).

Les associations intervenantes ont également recueilli de nombreux témoignages de mineurs condamnés à survivre dans des squats après avoir été déclarés majeurs à tort, suite à des tests osseux, alors même que, pour certains, ils disposaient d'actes d'état civil authentifié par la police aux frontières (Production n° 31).

Quant à l'association Human Rights Watch, dans un rapport de juillet 2018 : elle a donné l'exemple suivant : Un garçon interviewé par Public Radio International pour *The World* a indiqué être arrivé en France à l'âge de 16 ans. Après que la DASES a refusé de le reconnaître comme enfant, il a fait certifier ses documents d'identité par l'ambassade camerounaise avant de se rendre au tribunal. Le juge a néanmoins ordonné la vérification de ses documents et, quatre mois plus tard, un test osseux. Les résultats de l'examen n'ont été connus qu'une semaine avant la date de son dix-huitième anniversaire, un délai considérable également constaté dans d'autres cas portés à l'attention de Human Rights Watch. « *Le test a démontré que j'avais entre 17 et 18 ans... Alors, la juge m'a dit : 'Tu as presque 18 ans. Tu n'es pas un mineur.' J'ai dit : 'Pourquoi avez-vous pris tout ce temps pour me dire cela ? Bien sûr qu'il dit que j'ai presque 18 ans, mon anniversaire est la semaine prochaine.'* Et elle a déclaré, 'Il n'y a donc rien d'autre que nous puissions faire pour vous. Vous allez devoir vous débrouiller tout seul. » (Production n° 32, p. 36).

Par ailleurs, on soulignera que la prise en charge avant ou après 16 ans d'un mineur étranger a des conséquences importantes sur les perspectives de régularisation à la majorité.

L'article L. 313-11 2°bis du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit ainsi que sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " est délivrée de plein droit « à l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, qui a été confié, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de seize ans, au service de l'aide sociale à l'enfance et sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation, de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française ».

Le recours à des tests radiologiques osseux non fiables pour déterminer la minorité dont dépend la protection des autorités nationales porte donc atteinte à la protection de l'enfance.

Cette atteinte est disproportionnée en ce que le recours aux tests osseux ne permet pas d'atteindre le but poursuivi par la loi, à savoir l'évaluation de l'âge d'un mineur et qu'il ne constitue pas l'unique moyen d'évaluer la minorité d'une personne, afin de déterminer si elle doit bénéficier de la protection de l'Etat.

d. Une atteinte disproportionnée

**XVII.** L'absence de fiabilité des examens radiologiques osseux les rend disproportionnés au regard de l'objectif poursuivi par le législateur puisque, précisément, ils ne sont pas de nature à l'atteindre.

Ils le sont d'autant moins qu'ils ne sont pas le seul mode de détermination possible de l'âge d'une personne.

La preuve en est que certains pays n'y ont pas recours – c'est bien qu'ils ont trouvé un autre moyen de déterminer l'âge des personnes.

Ainsi, la Grande-Bretagne a décidé de ne plus y avoir recours pour estimer l'âge des adolescents (v. décision n° 2018-296 du 3 décembre 2018 du Défenseur des droits, p. 5).

Elle a mis en place une évaluation psychosociale sur une période de six semaines.

Un guide pratique, intitulé Hillingdon en Croydon Guidelines, trace les grandes lignes de la méthodologie de cette évaluation qui se passe des examens osseux, nommée « *approche holistique* » (Production n° 33).

Cette méthodologie se compose de douze étapes successives intitulées respectivement présentation physique et personnelle de l'intéressé, présentation sociale et psychologique de l'intéressé, histoire et composition de sa famille, histoire sociale et ethnique, éducation, aptitudes à la vie autonome, santé et évaluation médicale, voyage vers la Grande-Bretagne, pièces justificatives et autres sources, analyse, point de vue sur l'évaluation et commentaire du processus d'évaluation (*ibid.*).

En substance, les autorités se fondent ainsi sur l'apparence physique de la personne, sur des entretiens beaucoup plus poussés qu'en France, sur le récit de la personne, sur sa composition familiale, sur le déroulement de sa scolarité, sa route migratoire, et sur une batterie de tests psychologiques réalisés par des experts permettant de déterminer le niveau de maturité intellectuelle, émotionnelle et l'autonomie de la personne.

Cette méthode, qui est également appliquée en Australie, a été consacrée par la jurisprudence de la High Court of Justice britannique dans une décision du 8 mai 2009 (Production n° 34).

Le royal college of pediatrics a, au demeurant, pris ouvertement position contre les tests osseux : « *l'utilisation des tests d'âge osseux est extrêmement imprécise et ne peut que donner une estimation d'environ 2 ans dans un sens comme dans l'autre ; par ailleurs, l'utilisation de rayons ionisants pour évaluer la minorité est inacceptable* » (<https://www.rcpch.ac.uk/res>).

En Allemagne, si la loi prévoit qu'un contrôle médical peut être effectué par l'Office de protection de la jeunesse, à la demande du demandeur d'asile, de son représentant ou des autorités, chaque Land procède différemment : quand certains procèdent à l'évaluation de l'âge par la vérification des documents d'état civil et par une évaluation physique, sans avoir recours aux examens osseux, d'autres, telle la Sarre, ont recours aux examens osseux (Production n° 35).

Et lors de sa 117<sup>ème</sup> Assemblée, l'Association Médicale allemande a déclaré que « l'estimation de l'âge des enfants non accompagnés réfugiés (...) par l'examen osseux radiologique ou tomographie informatisée est médicalement indéfendable et ne doit plus être utilisé pour cet objectif » (Production n° 36).

Quant à l'Espagne, dans une décision du 24 septembre 2014, le Tribunal suprême espagnol a décidé qu'il n'est pas possible de soumettre à des tests médicaux des mineurs isolés pour vérifier leur âge s'ils ont déjà prouvé leur minorité par des documents, des passeports ou des extraits d'actes de naissance officiels délivrés par leur pays d'origine (Production n° 37).

Le recours aux examens radiologiques osseux n'est donc pas admis dans tous les pays voisins de la France et, lorsqu'il l'est, c'est dans des conditions strictement encadrées.

**XVIII.** En France, on notera, au demeurant, qu'il n'existe pas de procédure uniformisée pour déterminer l'âge des mineurs étrangers isolés (décision n° 2018-125 du 6 avril 2018 du Défenseur des droits – pièce n° 15 produite devant la Cour de cassation).

Comme l'a relevé le Défenseur des droits dans sa décision du 3 décembre 2018 (n° 2018-296, p. 6), certains médecins recourent à la radiographie du poignet, d'autres de la clavicule, d'autres à la radiographie dentaire, d'autres à plusieurs d'entre elles et certains continuent même à procéder à des examens pubertaires alors qu'ils sont proscrits par le dernier alinéa de l'article 388 du code civil.

La lecture des résultats des radiographies osseuses est en outre réalisée par des médecins non formés à ces techniques et les conclusions de ces examens sont souvent exemptes des précautions d'usage (marge d'erreur, compatibilité ou non avec l'âge allégué) (*ibid.*).

Rien n'impose, contrairement aux recommandations des médecins, une double lecture indépendante des radiographies, une formation des médecins et la mise à jour de leurs connaissances (Production n° 14).

Pourtant, « l'Ordre national des médecins, tout comme de nombreux articles scientifiques sur les radiographies utilisées pour estimer l'âge, rappellent la

*complexité de la reproductibilité de la lecture des radiographies » (Production n° 16, p. 21).*

Il arrive donc que les examens soient réalisés dans les unités médico-judiciaires dans lesquelles aucun médecin légiste n'exerce (*ibid.*).

Et leur absence de fiabilité est accrue du fait de « *la variabilité importante chez les utilisateurs de l'Atlas liée à la différence possible d'évaluation de similitude entre un cliché radiographique et une planche de l'Atlas » (Production n° 17).*

Ainsi, le Haut Conseil de la santé publique a-t-il constaté que « *la lecture indépendante des clichés de deux radiologues spécialisés en imagerie pédiatrique, à l'aveugle de l'âge et de données cliniques autres que le sexe, a montré que leurs évaluations différaient dans 33 % des cas, l'écart étant en moyenne de 18 mois (avec des extrêmes de moins de 39 mois à plus de 31 mois) » (pièce n° 10 produite devant la Cour de cassation).*

On soulignera à cet égard qu'en Europe, seules la France et l'Italie n'ont pas de protocole national (*ibid.* et pièce n° 16 produite devant la Cour de cassation).

Dans ces conditions, le recours, prévu par la loi, à une expertise judiciaire qui consiste en des examens osseux, dont l'absence de fiabilité est acquise, porte une atteinte disproportionnée à la protection de l'enfance.

**XIX.** D'ailleurs, au niveau européen, cette pratique a été récemment condamnée.

Le 26 septembre 2018, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a en effet adopté une résolution où il notait que la France violait l'article 17 de la Charte sociale européenne qui consacre le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique aux motifs que « *Les évaluations d'âge, fondées sur l'examen osseux, peuvent être lourdes de conséquences pour le mineur. Les observations soumises par le Défenseur des droits indiquent que des pratiques divergentes ont cours sur le territoire, en contradiction avec les exigences posées par la législation.*

*Tant en France qu'au niveau international, le recours à une telle expertise médicale est aujourd'hui très contesté en raison de son absence de fiabilité et de l'atteinte portée à la dignité et à l'intégrité physique des enfants.*

*L'Académie nationale de médecine, le Haut Conseil de la santé publique et la communauté médicale ont plus précisément relevé que le test osseux comporte des possibilités d'erreur en ne permettant pas de poser une distinction nette entre 16 et 18 ans. Ce constat est d'autant plus problématique que la plupart des mineurs étrangers non accompagnés présents sur le territoire français sont âgés de 16 ans ou plus.*

*La Commission Nationale Consultative de Droits de l'Homme (CNCDH) a contesté l'utilisation de l'examen osseux en considérant qu'il est fondé sur des critères morphologiques anciens établis dans les années 30 et 40 dont la valeur scientifique est remise en cause depuis des années, y compris par le corps médical.*

*D'après la CNCDH, l'évaluation de l'âge comporte en effet une marge d'erreur de deux à trois ans, ce qui permet en pratique, par l'utilisation abusive de cette méthode, de réguler l'accueil des mineurs étrangers en fonction du nombre de places libres dans les services dépendant de l'Aide sociale à l'enfance ou de la politique menée en la matière par le président du Conseil général.*

*L'évaluation médicale de l'âge telle qu'appliquée peut avoir de graves conséquences pour les mineurs et l'utilisation des tests osseux destinés à déterminer l'âge des mineurs étrangers non accompagnés est inadaptée et inefficace. Par conséquent, le recours à ce type d'examen viole l'article 17 § 1 de la Charte » (Production n° 38).*

*Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme est actuellement saisie d'une requête contestant le manque de fiabilité du test osseux pratiqué par l'Italie suivant la méthode Greulich-Pyle, notamment en ce qu'elle se base sur « des standards calibrés sur des citoyens des Etats-Unis d'origine européenne nés entre les deux guerres, ayant des caractéristiques très différentes des populations africaines dont font partie les requérants » (CEDH 18 janvier 2017, Darboe et Camara c/ Italie, req. n°5797/17).*

Si la Cour de Strasbourg n'opèrera à cet égard qu'un contrôle *in concreto*, il peut néanmoins être relevé qu'elle a déjà jugé cette question sérieuse puisqu'elle lui a permis de passer le filtre exigeant de la recevabilité.

Le Défenseur des droits a été autorisé à présenter une tierce-intervention à cette occasion et n'a pas manqué de rappeler son hostilité aux recours aux examens osseux afin de déterminer l'âge physiologique d'un mineur isolé étranger en ces termes : « *le recours à une telle expertise médicale est aujourd'hui très contesté en raison de son absence de fiabilité et de l'atteinte portée à la dignité et à l'intégrité physique des enfants. C'est la raison pour laquelle le Défenseur des droits recommande de proscrire l'utilisation systématique des tests d'âge osseux* » (Production n° 39).

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'en prévoyant le recours à une expertise radiologique osseuse, dont l'absence de fiabilité, soulignée par des organismes internes et internationaux, risque d'entraîner de graves conséquences, l'article 388 du code civil méconnaît les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Il porte en outre atteinte au droit à la protection de la santé.

## **2. La méconnaissance du droit à la protection de la santé**

**XX.** L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que la Nation « *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. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Le Conseil constitutionnel considère que ce texte garantit à tous, notamment à l'enfant, la protection de la santé (Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, § 10 ; Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC, § 11 ; Cons. const., 20 mars 2015, n° 2015-458 QPC, §§ 8 à 11).

La protection de la santé ne peut en conséquence pas être ignorée par le législateur (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ; Cons. const., 29 décembre 2003, n° 2003-488 DC).

Et elle figure, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel, parmi les « *droits et libertés que la Constitution garantit* », susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-123 QPC).

L'article 388 du code civil, qui fait l'objet de la présente question prioritaire de constitutionnalité, porte atteinte à ce droit à la protection de la santé en ce qu'il permet le recours à une expertise médicale qui comporte des risques pour la santé des mineurs, sans fin diagnostique ou thérapeutique.

*a. Une atteinte au droit à la protection de la santé*

**XXI.** L'article 388 du code civil méconnaît le droit à la protection de la santé garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'il permet le recours à des examens qui comportent des risques d'irradiations, sans fin diagnostique ou thérapeutique.

La radiographie des poignets et, plus encore, de la clavicule est réalisée avec des rayons ionisants, potentiellement cancérigènes (Production n° 14).

Pourtant, elle ne poursuit aucune finalité diagnostique ou thérapeutique.

Le Défenseur des droits a estimé à cet égard, dans sa décision du 28 juin 2017, que « *la pratique des radiographies, en elle-même, pose de graves questions d'éthique médicale en ce qu'elle ne présente aucune indication médicale et met en danger la santé de l'enfant, tout en n'apportant aucune réelle plus-value à la procédure de détermination de l'âge [...] cette position est partagée par plusieurs instances en Europe. A titre d'exemple, le Royal College of Radiologists de Londres a déclaré que l'examen radiographique pratiqué pour évaluer l'âge d'une personne était « injustifié » et qu'il était inadmissible d'exposer des enfants à des radiations ionisantes sans intérêt thérapeutique et dans un but purement administratif* » (Production n° 39).

Le Conseil de l'Europe a également souligné que « les risques associés aux examens médicaux et le faible degré d'exactitude ou la faible valeur ajoutée de leurs résultats ne plaident pas en faveur de l'utilisation de ces méthodes au regard de l'éthique. L'utilisation, à des fins de détermination de l'âge, autrement dit à des fins non médicales, de rayonnements ionisants potentiellement nocifs et dépourvus de bénéfice thérapeutique, est considéré comme contraire à l'éthique médicale et potentiellement illicite. Aussi le refus d'une personne de se soumettre à une détermination de l'âge au moyen d'un examen radiologique devrait-il être respecté, en ne lui imposant ni sanction ni autre conséquence négative » (Production n° 40, p. 30).

L'Agence de sûreté nucléaire a, au demeurant, précisé que l'effet leucémogène des radiations ionisantes est reconnu de longue date, même si ce risque est assez difficile à quantifier ; les enfants, du fait de leur faible masse corporelle, ont tendance à recevoir des doses aux organes plus importantes que celles des adultes, le risque de leucémie, pour eux, est donc accru (Production n° 41, Agence de sûreté nucléaire, Compte-rendu du Séminaire sur le risque de leucémies lié aux rayonnements ionisants, 11 juillet 2016).

Il est ainsi établi, scientifiquement, que les examens radiologiques osseux portent atteinte au droit à la protection de la santé des mineurs isolés étrangers sur lesquels ils sont pratiqués.

Cette atteinte au droit à la protection de la santé, tel que garanti par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, n'est pas proportionnée à son objectif.

b. Une atteinte disproportionnée

**XXII.** Tout d'abord, les examens osseux, qui portent atteinte au droit à la protection de la santé, ne sont pas justifiés par un objectif thérapeutique ou diagnostique, mais seulement par la nécessité de l'Etat de déterminer l'âge d'une personne.

Leur absence de fiabilité les rend d'autant plus disproportionnés à cet objectif, qu'ils ne sont pas de nature à l'atteindre.

De plus, ils ne sont pas le seul mode de détermination possible de l'âge d'une personne comme cela a été exposé précédemment.

D'autres modes de détermination de l'âge existent, telle l'évaluation psychosociale réalisée en Grande-Bretagne, décrite ci-avant.

Et le seul moyen indiscutable d'établir l'âge d'une personne réside dans l'établissement de son état civil ; pourtant, aucune démarche pour reconstituer l'état civil n'est jamais entreprise et les documents présentés sont systématiquement écartés.

Par ailleurs, le consentement de la personne, prévu par l'article 388 du code civil, n'est pas de nature à conférer à ces atteintes un caractère proportionné.

Car la réalité du consentement n'est pas suffisamment garantie par la loi.

Certes, le mineur doit théoriquement consentir aux examens radiologiques osseux.

Mais l'article 388 du code civil ne prévoit aucune dérogation à l'article 11 du code de procédure civile selon lequel le juge peut tirer toutes conséquences du refus d'une personne à se soumettre à une mesure d'instruction.

Dans ces conditions, et au regard du fort risque de se voir considérer comme majeur sur le fondement d'un refus, quelle sera la réalité du consentement de la personne ?

On le voit très bien dans l'affaire qui nous occupe.

Adama Soumaoro a accepté en appel de se soumettre aux examens osseux parce que, précisément, les premiers juges avaient déduit sa majorité de son refus initial de s'y soumettre.

Et il n'est pas le seul à raisonner ainsi.

Le Dr Serge Lipski, a interrogé des jeunes ayant été soumis aux tests osseux sur leur ressenti et il en a conclu que : « *la loi nous dit tout d'abord que le jeune*

doit donner son consentement, doit donner son autorisation. Mais lorsque nous leur demandons comment se passe le recueil de ce consentement, voilà les réponses : « quand tu dis non, t'es mis à la porte ». Il n'y a pas d'autres issues. On ne va pas prendre en compte leur non consentement comme étant autre chose que « il ne consent pas donc il ment ». Il y a des pratiques, une jurisprudence qui fait que ces jeunes ne diront jamais non. Car la conséquence du refus est immédiate » (Production n° 15, p. 15).

D'autres jeunes encore ont livré leurs témoignages aux associations intervenantes : « Dès que tu dis non, tu es mis à la porte » ; « Ils ne m'ont pas laissé le choix. Ils m'ont dit d'enlever les habits. Elle a pris le tour de ma poitrine. Elle a regardé mes dents. Puis elle a montré la machine. Elle a mis ma main dans la machine. » (Production n° 42).

La cour d'appel de Paris en a apporté la preuve très explicite en jugeant que « en refusant de se soumettre à l'expertise médicale et en ne se présentant pas devant la cour pour en expliquer les raisons, A. B. s'est placé dans l'incapacité de prouver sa minorité », alors que le jeune en question avait tout de même présenté « un bulletin de naissance et un acte de naissance [qui], s'ils ont pu être considérés comme authentiques, ne font pour autant pas preuve d'une identité pas plus que l'attestation remise par le consulat faisant état du dépôt [...] d'une demande de passeport » (CA Paris, 18 oct. 2013, RG n° 13/09896).

Le consentement n'est donc pas, en l'absence de garantie supplémentaire, à savoir en l'absence d'une interdiction de la loi de déduire la majorité du refus de se soumettre aux examens osseux, propre à écarter le grief d'inconstitutionnalité invoqué.

**XXIII.** On ajoutera que rien dans la loi ne garantit que l'étranger bénéficie de l'assistance d'un interprète au moment de donner son consentement ni, *a fortiori*, que l'étranger est informé dans une langue qu'il comprend du déroulement des tests radiologiques osseux auxquels il doit donner son consentement et des risques qu'ils génèrent.

C'est ainsi que les pratiques varient ; dans certaines unités médico-judiciaires, aucun interprète n'est convoqué au moment où il est demandé aux mineurs étrangers de consentir aux tests osseux (Production n° 15, p. 2).

Le plein consentement des mineurs isolés étrangers s'en trouvent d'autant moins assuré.

**XXIV.** Enfin, on relèvera que, pour beaucoup de médecins, le fait de procéder à des examens médicaux peu fiables, sans fin thérapeutique ou diagnostique, pose un problème éthique.

Dans une note d'août 2017, Médecins du Monde a ainsi signalé que : « *le caractère éthique de la détermination médicale de l'âge à des fins judiciaires, remis en cause en France et dans d'autres Etats européens (depuis longtemps) est largement contestable en raison de l'absence de validité scientifique des méthodes utilisées, de l'absence d'enjeu thérapeutique et de l'absence courant de recueil ou de détournement du consentement des jeunes soumis aux tests. Pour ces raisons, on peut considérer que la détermination médicale de l'âge, tel que pratiquée à l'heure actuelle, est inadaptée, indigne et génératrice de violence* » (Production n° 14).

Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 388 du code civil porte une atteinte disproportionnée au droit à la protection de la santé, tel qu'il est garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Il porte également atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine.

### **3. La méconnaissance du principe de sauvegarde de la dignité humaine**

**XXV.** La valeur constitutionnelle du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994 relative aux lois sur la bioéthique : « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » (Cons. const. 27 juillet 1994, n°94-343/344, § 2).

Elle a été réaffirmée depuis lors à plusieurs reprises (Cons. const., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, § 3 ; Cons. const., 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, § 5 ; Cons. const., 20 juillet 2006, n° 2006-539 DC, § 5 ; Cons. const., 15 novembre 2007, n° 2007-557 DC, § 18 ; Cons. const., 1<sup>er</sup> août 2013, n° 2013-674 DC, § 14 ; Cons. const., 2 juin 2017, n° 2017-632 QPC, § 6).

L'atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine s'apprécie notamment au regard du respect du consentement de la personne.

Ainsi, dans la dernière des décisions précitées, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité des dispositions législatives qui habilite le médecin en charge d'un patient hors d'état d'exprimer sa volonté à arrêter ou à ne pas mettre en œuvre, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, les traitements qui apparaissent inutiles, disproportionnés ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie.

Il a relevé que, selon ces dispositions, le médecin doit préalablement s'enquérir de la volonté présumée du patient. Il est à cet égard tenu, en vertu de l'article L. 1111-11 du code de la santé publique, de respecter les directives anticipées formulées par ce dernier, sauf à les écarter si elles apparaissent manifestement inappropriées ou non conformes à la situation médicale du patient. En leur absence, il doit consulter la personne de confiance désignée par le patient ou, à défaut, sa famille ou ses proches (§ 10).

Compte tenu notamment de cette garantie relative à la prise en considération de la volonté du patient ou, à défaut, de ses proches, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées devant lui ne portent pas d'atteinte inconstitutionnelle au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (§ 14).

Il en résulte que si la décision de limiter ou d'arrêter les traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté peut être regardée comme portant atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine, elle n'y porte pas une atteinte inconstitutionnelle lorsqu'elle est prise en considération de la volonté précédemment exprimée par l'intéressé ou, à défaut, de la volonté de ses proches.

De même, le recours aux examens radiographiques osseux à l'égard mineurs isolés étrangers porte atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine en ce qu'il emporte des risques d'irradiation sans fin diagnostique ou thérapeutique, sans que soit assuré le respect de son plein consentement.

Le recours à ces examens, prévu par l'article 388 du code civil est donc inconstitutionnel.

a. Une atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine

**XXVI.** L'article 388 du code civil méconnaît le principe de sauvegarde de la dignité humaine en ce qu'il permet de soumettre de jeunes étrangers en situation vulnérable à des examens médicaux pouvant être vécus comme traumatisants bien qu'ils ne poursuivent aucune fin thérapeutique ou diagnostique.

Dans son avis du 23 juin 2005, le Comité consultatif national d'éthique a estimé que « *si la justice ne peut s'abriter derrière la médecine, elle doit, en revanche, assumer sa responsabilité de respecter avant tout la dignité des personnes soupçonnées d'infraction et en particulier à ce moment de la vie sans frontières réelles autres que celles établies par une date de naissance* » (pièce n° 7 produite devant la Cour de cassation).

Le Comité rappelle que le regard clinique peut apparaître comme une certaine violence et « *peut blesser la dignité des enfants adolescents soumis à un tel regard médical sans comprendre leur finalité, dans une structure hospitalière apparentée à une structure policière* », en particulier face à des enfants qui ont déjà, pour certains, vécus des événements personnels ou familiaux pénibles et qui peuvent subir un choc inutile de par ces examens (*ibid.*).

Les examens médicaux de détermination de l'âge ne se limitent pas, au demeurant aux seuls tests osseux mais comprennent souvent un interrogatoire, l'examen du développement staturo-pondéral et une radiographie dentaire, « *qui peuvent être vécus comme une véritable atteinte à la dignité* » (Production n° 43).

Bien que l'article 388 du code civil exclue désormais l'examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires, il permet toutefois les examens radiologiques et dentaires, qui portent atteinte à la dignité des mineurs, pour les raisons qui viennent d'être mentionnées.

En effet, les examens radiologiques osseux constituent une véritable ingérence dans la sphère intime des mineurs examinés.

Le Défenseur des droits a souligné l'atteinte à la dignité résultant de ces examens osseux, dans sa décision n°2017-205 du 28 juin 2017 :

« De même, dans une résolution du 12 septembre 2013, le Parlement européen a déploré le caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées pour la détermination de l'âge dans certains Etats membres, relevant que celles-ci peuvent occasionner des traumatismes et que certaines d'entre elles, basées sur l'âge osseux ou sur la minéralisation dentaire, restent controversées et présentent de grandes marges d'erreur. De telles méthodes médicales qui, au surplus, peuvent être effectuées sans le consentement du mineur, portent atteinte à l'intégrité physique et à la dignité d'un enfant et pourraient constituer un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention et une violation de l'article 8 » (Production n° 39).

Le Commissaire aux droits de l'Homme a, quant à lui, affirmé qu'« il importe que les techniques d'évaluation de l'âge respectent la culture, la dignité et l'intégrité physique de l'enfant. L'évaluation de son âge doit être réalisée par un groupe pluridisciplinaire d'experts indépendants, à partir de l'appréciation combinée de sa maturité physique, sociale et psychologique. Ces experts devraient tenir compte du fait que certaines évaluations physiques risquent d'être traumatisantes ou éprouvantes pour les nerfs d'un enfant qui peut avoir été victime de violences physiques ou sexuelles » (Production n° 44).

Le Parlement européen partage le même avis sur la pratique des tests osseux qu'il estime inadaptés et invasifs et qui peuvent occasionner des traumatismes, particulièrement lorsqu'ils sont basés sur l'âge osseux ou la minéralisation dentaire (Production n° 45).

Il est ainsi établi que les examens radiologiques osseux portent atteinte au principe de sauvegarde de la dignité humaine.

*b. L'insuffisance des garanties prévues par la loi*

**XXVII.** On l'a dit, l'absence d'atteinte disproportionnée au principe de dignité a pour corollaire le consentement : « l'une des conséquences essentielles du principe de dignité est d'interdire qu'un acte médical puisse être pratiqué en dehors de la volonté du patient. Il s'agit de protéger l'individu contre toute instrumentalisation qui aboutirait à le considérer comme un moyen et non comme une fin » (v. S. Prieur, La disposition par l'individu de son corps, Les Études hospitalières, 1999, not. n° 13 et s.).

Or, comme cela a été exposé, un plein consentement n'est ici pas garanti.

En effet, la loi ne prévoyant en la matière aucune exception aux dispositions de l'article 11 du code de procédure civile, les conséquences du refus par un mineur de se soumettre aux examens radiologiques osseux sont potentiellement telles qu'elles ne garantissent pas la réalité du consentement du mineur.

Craignant que sa majorité soit déduite de son refus de consentir à des examens radiographiques osseux, la personne n'aura en réalité d'autre choix que de s'y soumettre et d'y consentir, comme l'a fait, en l'espèce, M. Soumaoro.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'article 388 du code civil, en ce qu'il prévoit les examens radiologiques osseux, sans fin diagnostique ou thérapeutique, et sans prévoir qu'il est interdit au juge de déduire du refus de se soumettre aux examens osseux la majorité de la personne, méconnaît le principe de sauvegarde de la dignité humaine.

Il porte également atteinte au droit au respect de la vie privée.

#### **4. La méconnaissance du droit au respect de la vie privée**

**XXVIII.** L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

De ce texte, le Conseil constitutionnel a déduit un droit constitutionnel au respect de la vie privée (Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC).

Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement le droit au respect de la vie privée (Cons. const. 23 juillet 1999, n° 99-416 DC ; Cons. const. 9 novembre 1999, n° 99-419 DC ; Cons. const. 21 décembre 1999, n° 99-422 DC ; Cons. const. 13 mars 2003, n° 2003-467 DC ; Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC ; Cons. const. 21 février 2008, n° 2008-562 DC ; Cons. const. 25 février 2010, n° 2010-604 DC).

Il considère que ce droit peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const. 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC ; Cons. const. 30 septembre 2011, n° 2011-173 QPC ; Cons. const. 5 octobre 2012, n° 2012-279 QPC).

Et il précise que le respect de la vie privée s'adresse aux étrangers comme aux nationaux (Cons. const. 22 avril 1997, n°97-389 DC § 44 ; Cons. const. 9 juin 2011, n°2011-631 DC ; Cons. const. 11 octobre 2013, n°2013-347 QPC).

Le droit au respect de la vie privée s'entend de la protection du secret, c'est-à-dire une protection contre les intrusions publiques ou privées, notamment à l'égard d'informations génétiques (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC ; Cons. const., 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC ) ou sur la santé de personnes identifiables (Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, § 51).

Il comprend ainsi le droit au respect de l'intimité mais aussi le droit au secret quant aux données concernant la santé.

Le secret et l'intimité de la vie privée, au sens strict, ont été invoqués par le Conseil constitutionnel pour garantir aux partenaires d'un PACS que la publicité de leur situation de couple soit encadrée et ne révèle par leur préférence sexuelle, pour garantir l'anonymat de la mère ayant procédé à un accouchement sous X ou encore pour garantir le contrôle des mesures subordonnant l'acquisition de la nationalité française par le conjoint d'un ressortissant français à l'écoulement d'une année de mariage sans cessation de la communauté de vie.

En matière de santé et de données médicales, le droit au respect de la vie privée requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale (Cons. const., 21 décembre 1999, n° 99-422 DC § 52 ; Cons. const. 12 août 2004, n° 2004-504 DC § 5).

Ainsi conçue, la vie privée est étroitement liée à la santé dont il faut préserver le secret.

La divulgation des données médicales à un nombre restreint de personnes n'est pas un gage de respect du droit à la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789.

Pour illustration, dans une décision du 21 décembre 1999 relative à la conformité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 à la Constitution, le Conseil constitutionnel a retenu, pour juger que les dispositions de l'article L. 162-4-1 du code de la sécurité sociale qui prévoient l'indication des éléments d'ordre médical justifiant l'interruption de travail sur l'arrêt de travail étaient conformes au droit au respect de la vie privée, que les données médicales seraient connues du seul service du contrôle médical composé de médecins-conseils soumis à la déontologie médicale (Cons. const. 21 décembre 1999, n° 99-422 DC).

Et il a précisé que « *devront être mises en place des modalités d'acheminement des documents aux médecins-conseils de nature à assurer la stricte confidentialité de la transmission des informations qu'ils contiennent* » (ibid.).

Pour que soit protégée la vie privée de l'intéressé, la divulgation d'éléments d'ordre médical est ainsi strictement confinée au corps médical.

En outre, le respect du droit à la vie privée exige que la divulgation des données médicales soit expressément autorisée par la personne propriétaire de ces données.

Ainsi, dans une décision 23 juillet 1999, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« en vertu du I de l'article L.162-1-6 du code de la sécurité sociale, l'inscription, sur la carte, de ces informations est subordonnée dans tous les cas à l'accord du titulaire ou, s'agissant d'un mineur ou d'un majeur incapable, de son représentant légal ; que les personnes habilitées à donner cet accord peuvent, par ailleurs, " conditionner l'accès à une partie des informations contenues dans le volet de santé à l'utilisation d'un code secret qu'elles auront-elles-mêmes établi [...] » et que « l'ensemble des garanties dont est assortie la mise en œuvre des dispositions de l'article 36 de la loi, au nombre desquelles il convient de ranger les caractéristiques assurant la sécurité du système, sont de nature à sauvegarder le respect de la vie privée » (Cons. const. 23 juillet 1999, n° 99-416 DC).

Le Conseil constitutionnel a eu les mêmes exigences concernant le dossier médical en rappelant l'obligation du consentement du patient (Cons. const. 12 août 2004, n° 2004-504 DC ; Cons. const. 3 mars 2007, n° 2007-553 DC).

Conformément au droit au respect de la vie privée, toute personne a donc le droit de garder son état de santé secret.

A titre d'éclairage, on soulignera que la Cour européenne des droits de l'homme a également posé le principe de la protection des données à caractère personnel relatives à la santé, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en précisant que ce principe de confidentialité des informations sur la santé est un « *principe essentiel du système juridique* » de tous les Etats parties à la Convention (CEDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, JCP G, 1998, I, 107, n°35, chron. F Sudre ; CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède*, D, 2000, jur., 521, note I. Laurent-Merle).

Il en résulte que la divulgation de données médicales au public sans consentement, même à un cercle restreint de personnes, porte atteinte au droit au respect de la vie privée.

L'article 388 du code civil, en ce qu'il prévoit le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité, porte doublement atteinte à ces exigences.

a. Une atteinte au droit au respect de la vie privée

**XXIX.** L'examen radiologique osseux aux fins de l'évaluation de l'âge d'une personne se présentant comme un mineur isolé étranger constitue une atteinte à sa vie privée, et ce à double titre.

D'une part, bien qu'il ne consiste qu'en une radiographie du poignet et/ou de la clavicule, il est fréquent que le médecin demande au mineur isolé étranger de se déshabiller (Production n° 15, p. 16).

Parmi les témoignages recueillis par les associations intervenantes figurent ainsi les suivants : « *Ils ne m'ont pas laissé le choix. Ils m'ont dit d'enlever les habits. Elle a pris le tour de ma poitrine. Elle a regardé mes dents. Puis elle a montré la machine. Elle a mis ma main dans la machine.* » ; « *Je me demande pourquoi elle nous enlève les vêtements juste pour regarder le poignet.* » ; « *Moi quand je me suis déshabillé, la tête de la dame a changé, j'ai vu que c'est fini.* » (Production n° 42).

Pour le mineur isolé étranger qui, par définition, est particulièrement vulnérable, cette situation peut être perçue comme une ingérence dans sa sphère intime et, partant, comme une atteinte à sa vie privée.

D'autre part, le recours aux examens radiographiques osseux aboutit à la divulgation de données médicales sur les mineurs isolés concernés, sans leur consentement.

Certes, le juge statue à leur égard hors la présence du public.

Néanmoins, les données médicales recueillies au cours de l'examen radiographique osseux sont divulguées au juge mais aussi aux parties et au ministère public, sans qu'il soit prévu que l'intéressé doive y consentir.

Il ne peut être considéré qu'il n'y aurait pas d'atteinte à la vie privée dans la mesure où les résultats des examens osseux et dentaires ne seraient connus que d'un nombre limité de personnes dans la mesure où, on l'a dit, le fait que la diffusion des données médicales ne concerne qu'un nombre limité de personnes n'est pas de nature à exclure une telle atteinte.

Cette atteinte à la vie privée est, en outre, disproportionnée.

*b. Une atteinte disproportionnée*

**XXX.** D'abord, l'article 388 du code civil n'offre aux mineurs aucune garantie concernant la protection de leur sphère intime.

Ensuite, l'article 388 du code civil, en ce qu'il permet la divulgation de données médicales personnelles résultant de l'examen radiologique osseux, porte une atteinte disproportionnée au droit au respect à la vie privée dès lors qu'il n'interdit pas au juge de déduire l'absence de minorité de l'intéressé de son refus de se prêter aux expertises médicales, et qu'ainsi, il ne garantit pas suffisamment la réalité de son consentement.

Le Conseil de l'Europe, dans son rapport sur la détermination de l'âge de 2013 (Production n° 40), a affirmé que « *les enfants dont l'âge est contesté ont droit à la vie privée et à la protection des données, de même qu'à une protection contre les immixtions arbitraires dans leur vie privée, conformément aux*

*législations et réglementations internationales et européennes sur la protection des données ».*

*Il a ajouté que « le refus de participer à une procédure de détermination de l'âge ne doit pas automatiquement entraîner une décision sur l'âge de l'enfant ou son statut au regard de la législation sur l'immigration ou sa demande de protection internationale. S'il oppose un refus, l'enfant ne devrait pas avoir à craindre de conséquences négatives directes ou indirectes découlant de refus. La présomption de minorité devrait être respectée » (ibid.).*

Or, ici, la divulgation des résultats des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge n'est entourée d'aucune garantie visant à la limiter.

L'expert, le juge mais également les parties peuvent avoir accès à ces informations sans que le juge n'ait à limiter leur contenu.

L'une des parties est celle qui est en charge de la protection du mineur et de sa prise en charge, si bien que, quand bien même une décision de reconnaissance de minorité serait prise malgré des tests osseux tendant vers une majorité, comment espérer que la prise en charge par le conseil départemental se passe bien ? Les associations intervenantes ont reçu les témoignages d'éducateurs qui ont reproché au jeune d'avoir menti puisque les tests osseux disaient qu'ils auraient 30 ans.

Il n'est, en outre, pas prévu non plus que les personnes ayant accès aux informations médicales soient astreintes au secret.

Au surplus, on l'a vu, il ne peut pas être déduit de l'accord du mineur à subir un examen radiologique osseux un consentement réel.

En effet, les conséquences du refus par un mineur de se soumettre à ces examens sont telles qu'elles ne garantissent pas la réalité du consentement du mineur.

Dans ces conditions, il y a une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée sans que le nombre restreint de personnes susceptibles de recevoir des informations d'ordre médical sur les mineurs isolés étrangers puisse constituer une garantie suffisante.

La divulgation des données médicales personnelles résultant de l'examen radiologique osseux méconnaît donc le droit au respect de la vie privée dans la mesure où l'article 388 du code civil autorise la divulgation de ces données sans interdire au juge de déduire l'absence de minorité de l'intéressé de son refus de se soumettre aux expertises médicales et ne garantit pas la réalité du consentement du mineur isolé.

L'article 388 du code civil méconnaît également le droit à la protection de l'intégrité physique.

#### **5. La méconnaissance du droit au respect de l'intégrité physique**

**XXXI.** Dans deux décisions relatives au prélèvement et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, le Conseil constitutionnel a implicitement consacré la valeur constitutionnelle du droit à la protection de l'intégrité physique (Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC ; Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC).

Ce droit figure donc, lui aussi, dans le corpus constitutionnel susceptible d'être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (v. Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 - mars 2011 ; Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 37 - octobre 2012 ; Résumés analytiques des décisions du Conseil constitutionnel du 1<sup>er</sup> janvier 2016 au 31 mars 2016).

L'atteinte à l'intégrité physique est définie de façon large ; il s'agit de toute atteinte, quelle qu'elle soit, portée au corps de l'individu (v. Dictionnaire permanent Santé, bioéthique, biotechnologies – Droits des patients : consentement à l'acte médical, §§ 2 et 5).

Cela recouvre donc tous les actes médicaux, invasifs ou non (*ibid.*).

Le droit au respect de l'intégrité physique a pour corollaire indissociable, comme le principe de sauvegarde de la dignité humaine, l'exigence du consentement à l'acte médical.

Par conséquent, toute atteinte portée au corps humain, sans consentement préalable, est, sauf exception tenant à l'impossibilité d'émettre ce consentement, disproportionnée.

A l'aune de ces considérations, l'article 388 du code civil porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de l'intégrité physique.

**XXXII.** Il porte en effet une atteinte au droit au respect de l'intégrité physique en ce qu'il permet le recours à des actes médicaux, et précisément à des examens radiographiques osseux qui emportent des risques d'irradiation, pour déterminer l'âge de personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers.

Le Défenseur des droits a indiqué en ce sens que *« le recours à une telle expertise médicale est aujourd'hui très contesté en raison de son absence de fiabilité et de l'atteinte portée à la dignité et à l'intégrité physique des enfants. C'est la raison pour laquelle le Défenseur des droits recommande de proscrire l'utilisation systématique des tests d'âge osseux »* (Production n° 39).

Cette atteinte portée au droit au respect de l'intégrité physique est, en outre, disproportionnée dans la mesure où l'article 388 du code civil ne garantit pas, les raisons précédemment rappelées, que ces actes médicaux emportant des risques pour la santé des mineurs soient réalisés après recueil du plein consentement de ces derniers.

Il s'ensuit que l'article 388 du code civil méconnaît le droit au respect de l'intégrité physique.

**XXXIII.** En définitive, les dispositions de l'article 388 du code civil méconnaissent donc tout à la fois l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant, le droit à la protection de sa santé, le principe de sauvegarde de la dignité humaine, le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de l'intégrité physique.

Les modalités du recours aux examens radiologiques osseux méconnaissent, en outre, l'exigence constitutionnelle de précision de la loi combinée au principe d'égalité.

6. La méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de précision de la loi combinée au principe d'égalité.

XXXIV. Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ».

Le Conseil constitutionnel en déduit qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution (Cons. const. 29 décembre 1983, n° 83-164 DC, § 30 ; Cons. const. 7 décembre 2000, n°2000-435 DC, § 53 ; Cons. const. 28 avril 2005, n° 2005-514 DC, § 14).

Cela conduit le Conseil constitutionnel à sanctionner le législateur lorsqu'il n'épuise pas sa compétence, c'est-à-dire lorsqu'il se rend coupable « d'incompétence négative ».

Comme le décrit un auteur, « le principe sur lequel elle repose semble assez clair : le législateur ne doit pas se défausser sur d'autres autorités. Son domaine de compétence a été constitutionnellement délimité et il commet une inconstitutionnalité en permettant, par son incompétence, à une autorité, qu'elle soit administrative ou juridictionnelle, d'intervenir à sa place » (A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », Nouv. Cah. Cons. const., janv. 2015, n°45, p.7).

Ainsi, le législateur méconnaît l'étendue de son pouvoir législatif en n'assortissant pas de garanties légales des dispositions qui pourraient affecter certains principes constitutionnels (Cons. const., 28 juillet 1993, n° 93-322 DC ; Cons. const. 23 juillet 1996, n° 96-378 DC) tel que le principe d'égalité (Cons. const. 13 janvier 1994, n°93-329 DC).

L'incompétence négative du législateur est un grief qui peut être invoqué au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité si un droit ou une liberté que la Constitution garantit est affecté par cette incompétence négative (Cons. const., 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, n° 2010-5 QPC ; Cons. const., 24 mai 2013, n°2013-317 ; Cons. const., 26 avril 2013, n° 2013-308).

De plus, le Conseil constitutionnel déduit de l'article 34 de la Constitution de 1958 un objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle par ailleurs des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et qui impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, afin d'éviter tout risque d'arbitraire (V. Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, § 7 ; Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC).

Cette exigence de précision se déduit également du principe de sécurité et de prévisibilité de la loi, ainsi que de la protection contre l'arbitraire et la séparation des pouvoirs.

**XXXV.** Par ailleurs, un principe à valeur constitutionnel d'égalité des citoyens et de non-discrimination est prévu par les alinéas premiers du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 s'impose au législateur.

Dans sa décision *Taxation d'office* du 27 décembre 1973, le Conseil constitutionnel a consacré le principe d'égalité devant la loi comme principe à valeur constitutionnelle et a censuré une disposition législative qui instituait une discrimination entre les citoyens comme portant atteinte « *au principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution* » (Cons. const., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC).

Dans une décision du 12 juillet 1979, le Conseil constitutionnel a donné une définition devenue classique de l'exigence d'égalité : le principe d'égalité devant la loi implique « *qu'à situations semblables, il soit fait application de solutions semblables* ». (Cons. const. 12 juillet 1979, n° 79-107 DC).

Ce principe peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 28 mai 2010, décision n° 2010-1 QPC) et ce, y compris par un étranger, le Conseil constitutionnel estimant qu'il appartient

au législateur « de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » et qu'à ce titre les étrangers – y compris en situation régulière – « doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés » (Cons. const., 22 janvier 1990, n° 89-269 DC ; Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ; Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC).

L'article 388 du code civil méconnaît ces exigences et principes.

**XXXVI.** En effet, il prévoit la possibilité de recourir à des 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 », sans renvoyer expressément à l'article 47 du code civil au terme duquel les actes d'état civil établis à l'étranger font foi jusqu'à preuve du contraire.

En l'absence d'un tel renvoi, l'article 388 du code civil n'est pas assez précis et ne définit pas avec une précision suffisante la notion de « documents d'identité valables ».

A la lecture de l'article 388 du code civil et de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels (NOR : JUSF1602101C), l'examen radiologique osseux doit en théorie constituer un dernier recours dans l'évaluation de l'âge d'une personne qui se présente comme un mineur isolé étranger.

L'évaluation de la minorité doit d'abord s'appuyer sur « la combinaison d'un faisceau d'indices » notamment sur les entretiens socio-éducatifs conduits avec l'intéressé puis sur la vérification de l'authenticité des documents d'état civil.

La circulaire précitée précise que « si le doute persiste au terme de cette étape et seulement dans ce cas, il peut être procédé à une expertise médicale de l'âge sur les réquisitions du parquet ».

Divers organismes ont rappelé ces conditions.

Selon l'avis du Haut Conseil de la santé publique en date du 23 janvier 2014 : « *l'examen médical ne doit intervenir qu'en dernier ressort après évaluation sociale et examen des documents d'état civil* » (pièce n° 10 produite devant la Cour de cassation).

Thomas Hammarberg, ancien Commissaire aux Droits de l'Homme de l'Union européenne a précisé, dans son avis en date du 9 août 2011, que : « [Les Médiateurs des enfants des pays européens] précisent que toute analyse supplémentaire de l'âge d'un jeune migrant ne devrait intervenir qu'en cas de doute sérieux, par exemple lorsqu'il apparaît clairement que les documents fournis ou les déclarations faites par l'intéressé ne sont pas fiables » (pièce n° 9 produite devant la Cour de cassation).

Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a également indiqué dans son étude sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations de 2010, que « *les mesures de sauvegarde attachées à l'évaluation de l'âge doivent garantir que cette évaluation n'intervienne qu'en dernier recours, si l'âge de l'enfant est contesté* » (Production n° 46).

Aux termes des dispositions de l'article 388 du code civil, ce n'est donc qu'à titre subsidiaire, si le juge constate, d'une part, que la personne ne dispose pas de documents d'identité valables et, d'autre part, que l'âge allégué n'est pas vraisemblable, qu'il peut ordonner une expertise osseuse.

Cependant, l'absence de précision de la loi, quant à la notion de « documents d'identité valables » ne permet pas de préserver cette hiérarchie, et le caractère subsidiaire du recours aux examens osseux.

Cette imprécision est d'autant plus prégnante, en l'absence de renvoi, par l'article 388 du code civil, à l'article 47 du même code qui dispose que « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

En vertu de cet article, qui pose une présomption de validité des documents d'état civil, il appartient à l'administration de renverser la présomption de validité des documents d'état civil par la production d'autres actes ou pièces détenus, par des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même.

Pourtant, l'article 388 du code civil qui subordonne le recours aux examens médicaux à l'appréciation de la validité des documents d'état civil ne procède pas par renvoi à l'article 47 du code civil et ne précise pas ce qu'il entend par « documents d'identité valables ».

Par conséquent, dans le cadre de l'évaluation de la minorité d'une personne se présentant comme un mineur isolé étranger, il semble que l'ensemble des juridictions n'appliquent pas l'article 47 du code civil dans ce cadre, entraînant des différences de traitement entre les personnes se présentant comme des mineurs étrangers isolés.

En outre, la loi ne précise pas davantage ce que recouvre la notion d'âge allégué non vraisemblable, et plus particulièrement, en fonction de quels critères, il doit être apprécié.

Cette imprécision de la loi conduit d'ailleurs les jeunes requérants à adopter des stratégies quant au dépôt de leur requête devant un tribunal de grande instance plutôt qu'un autre ou devant un juge des enfants en particulier.

Le Défenseur des droits, qui s'est vu confier par le législateur la mission de veiller à la protection et à la promotion des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant consacrés dans la Convention internationale pour les droits de l'enfant, a, dans un avis n°17-03 du 7 février 2017, « réitéré avec fermeté son opposition à la pratique des examens médicaux d'évaluation de l'âge » et déploré son inscription dans la loi du 14 mars 2016 « qui plus est sous une forme rédactionnelle qui prête largement le flanc à la critique, à savoir l'imprécision du nouvel article 388 du code civil » (pièce n° 14 produite devant la Cour de cassation).

Dans sa décision du 3 décembre 2018 (n° 2018-296, p. 7), rendue dans le cadre de la présente instance, il a ajouté que « le dispositif tel qu'il a été prévu par le législateur à l'article 388 du code civil, notamment par son imprécision en ce qu'il fait référence à « l'absence de documents d'identité valables » et à un « âge

*allégué [qui] n'est pas vraisemblable », conduit à des pratiques et jurisprudences très disparates sur l'ensemble du territoire qui portent atteinte au droit à l'égalité, protégé par la Constitution ».*

Ainsi, les personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers qui demandent à bénéficier de la protection de l'Etat se trouvent dans des situations semblables.

Pourtant, du fait de l'imprécision de la loi, elles subissent un traitement différent selon la juridiction devant laquelle elles présentent leur requête, sans qu'aucune différence objective de situation entre elles ne justifie cette inégalité de traitement.

Cette différence de traitement des requérants n'est, en tout état de cause, pas en lien avec l'objet même de la loi ni même l'objectif poursuivi par le législateur.

Il résulte de ces développements qu'en visant l'absence de document d'identité valable ainsi qu'un âge allégué sans renvoyer expressément à l'article 47 du code civil, et en visant la notion floue d'âge allégué non vraisemblable, sans préciser les critères sur lesquels elle doit être appréciée, l'article 388 du code civil méconnaît les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les alinéas premiers du Préambule de la Constitution de 1946 et du Préambule de la Constitution de 1958.

**XXXVII.** En conclusion, les dispositions de l'article 388 du code civil méconnaissent l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant tel que garanti par les alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le droit à la protection de la santé tel que garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine, le droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le droit au respect de l'intégrité physique et l'exigence constitutionnelle de précision de la loi combinée au principe d'égalité qui résultent des articles 4,5,6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les alinéas premiers du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

Il est donc demandé au Conseil constitutionnel d'abroger l'article 388 du code civil en ce qu'il prévoit le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité.

**PAR CES MOTIFS**, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, les exposants concluent qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

- **ABROGER** l'article 388 du code civil en ce qu'il prévoit le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer la minorité d'une personne et ses modalités ;

**SCP Zribi & Texier**  
*Avocat aux Conseils*

## PRODUCTIONS :

- 1°) Statuts du GISTI
- 2°) Statuts du SAF
- 3°) Statuts de Médecins du Monde
- 4°) Statuts de la CIMADE
- 5°) Statuts de l'ANAFE
- 6°) Statuts du Syndicat de la magistrature
- 7°) Statuts du Secours Catholique
- 8°) Délibération du bureau du GISTI du 7 janvier 2019
- 9°) Délibération du bureau du SAF du 11 janvier 2019
- 10°) Délibération du bureau de la CIMADE du 8 janvier 2019
- 11°) Délibération du bureau de l'ANAFE du 9 janvier 2019
- 12°) Décision de la présidente du Syndicat de la magistrature du 11 janvier 2019
- 13°) Délibération du bureau du Secours Catholique du XXX
- 14°) Note technique, Médecins du Monde, août 2017
- 15°) Infomie, Groupe de travail Jurisprudence 30 septembre 2016, « Les examens radiologiques osseux »
- 16°) Rapport d'ONG belges, « L'estimation de l'âge des MENA en question : problématique, analyse et radiographies », sept. 2007
- 17°) Annexe 2 du dossier « Le mineur étranger en exil »
- 18°) Déclaration européenne des professionnels de santé signée le 9 novembre 2010
- 19°) Bulletin de l'Académie nationale de médecine, 2007, 91, n° 1, 139-142, séance du 16 janvier 2007
- 20°) Avis de la société française de pédiatrie
- 21°) Extrait du journal Le Monde du 8 mai 2014
- 22°) Patrick Chariot, Quand les médecins se font juges : la détermination de l'âge des adolescents migrants, Eres, Chimères, 2010
- 23°) Rapport du Défenseur des droits sur les droits fondamentaux des étrangers en France de 2016
- 24°) Comité des droits de l'enfant, Observations finales, France, 29 janvier 2016, CRC/C/FRA/CO/5
- 25°) Pétition signée en 2015 par 12.000 personnes
- 26°) Extrait du procès verbal du comité d'éthique du 29 mars 2018

- 27°) Publication de Médecins du Monde du 16 août 2017
- 28°) Rapport de Médecins du Monde du 30 octobre 2017
- 29°) Article du journal The Guardian
- 30°) Article du journal Le Monde du 8 mai 2014
- 31°) Témoignages de mineurs isolés
- 32°) Rapport de Human Rights Watch, « traitement arbitraire des enfants migrants non accompagnés à Paris », juillet 2018
- 33°) Guide pratique dit « d'Hillingdon en Croydon »
- 34°) Décision de la High Court of Justice Mai 2009
- 35°) « Allemagne : comment l'âge des demandeurs d'asile est-il déterminé ? », [www.infomigrants.net/fr](http://www.infomigrants.net/fr), 11 janvier 2018
- 36°) « Allemagne : polémique autour du contrôle de l'âge des jeunes migrants », site de l'Eglise Catholique en Belgique, 9 janvier 2018
- 37°) Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, 24 septembre 2014, sentencia 452/20014
- 38°) Résolution du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 26 septembre 2018
- 39°) Décision du Défenseur des droits n° 2017-205 du 28 juin 2017
- 40°) Conseil de l'Europe, Rapport sur la détermination de l'âge en Europe, 20 septembre 2017
- 41°) Note d'information de l'Autorité de sûreté nucléaire
- 42°) Témoignages atelier tests osseux
- 43°) C. Lormier et A. Bouix, « Mineurs isolés : étrangers jusqu'à l'os », *Plein droit* 2014/3, n° 102, pp. 14 à 17
- 44°) Avis du Commissaire des droits de l'Homme, « Les méthodes d'évaluation de l'âge des migrants mineurs doivent être améliorées », *Le Carnet des droits de l'homme*, actualités 2011
- 45°) Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, 2012/2263 (INI)
- 46°) Étude du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations, 5 juillet 2010

