

Brigitte JEANNOT
AVOCAT
13 place de la Carrière
54000 NANCY
brigittejeannot@gmail.com
Tel : 03.83.35.42.55.
Fax : 03.83.35.47.32.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

MEMOIRE EN INTERVENTION

Au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité transmise par la

Cour de cassation le 21 décembre 2018 dans l'affaire concernant

M. Adama SOUMAORO (18/20.480)

(article 388 du Code civil)

POUR :

- L'association Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers (ADDE)

Association régie par la loi 1901, dont le siège est au Bureau des Associations de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel, 2-4 rue de Harley, 75001 Paris – Maison du Barreau, représentée par sa présidente, Maître Flor Tercero, Avocate du Barreau de Toulouse

Ayant pour avocat Me Brigitte JEANNOT, Avocat à NANCY

PLAISE AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Les membres de l'ADDE agissent quotidiennement en faveur de la défense des droits des étrangers, qu'ils soient mineurs ou majeurs.

La pratique des tests osseux pose des questions juridiques et humaines cruciales pour les mineurs isolés étrangers qui en sont l'objet de manière systématique.

C'est dans ce contexte que l'association exposante entend intervenir au soutien de la présente question prioritaire de constitutionnalité renvoyée au Conseil constitutionnel par l'arrêt de la Cour de cassation en date du 21 décembre 2018.

I – Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de l'ADDE

L'intérêt spécial visé par l'article 6 du règlement du Conseil peut résulter autant de ce que les dispositions légales contestées affectent directement l'intérêt d'une association intervenante, que d'un lien entre l'objet de ces dispositions et l'objet social de cette association (Conseil constit., 11 octobre 2013, n° 23013-346 QPC).

L'association des Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers (ADDE) souhaite intervenir à la présente instance, représentée par Maître Flor Tercero, investie de ce pouvoir de représentation en justice, en sa qualité de présidente de l'association, par l'article 13 des statuts de l'ADDE.

L'ADDE justifie, par son objet statutaire et son action, d'un intérêt de nature à la rendre recevable à intervenir dans la .

En effet, aux termes de l'article 2 des statuts de l'ADDE (« But ») :

« Cette association a pour but de regrouper les Avocats pour la défense et le respect des droits des étrangers, consacrés, notamment, par les déclarations des droits de l'homme de 1789 et 1793 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle informe les avocats, les étrangers, notamment par l'organisation de réunions, séminaires, colloques, échanges d'informations. Elle soutient l'action des étrangers en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits. Elle combat toutes les formes de racisme et de discrimination, et assiste ceux qui en sont victimes. Elle entretient des relations avec les administrations et les organismes en relation avec les étrangers. »

L'ADDE mène depuis sa création en 1994 une action engagée pour la défense des droits des étrangers, notamment par la mise en place d'un partage d'expérience entre avocats spécialisés en droit des étrangers, mais également par la défense collective des droits des étrangers par le biais d'actions inter-associatives de tout type dont des actions en justice telles que la présente intervention volontaire.

La question dont est saisie le Conseil constitutionnel a trait au respect du droit des étrangers, en particulier des mineurs isolés étrangers, qui se trouvent en France et a indiscutablement pour but la reconnaissance des droits accordés aux étrangers.

La contestation de la validité des tests osseux pratiqués sur les mineurs isolés étrangers, dans le cadre de l'appréciation de leur minorité, correspond à l'objet de l'ADDE.

L'association exposante justifie donc d'un intérêt suffisant pour intervenir dans la présente instance.

La présidente est autorisée à agir au nom de l'association en application des statuts (cf. article 13 des statuts).

Par voie de conséquence, l'ADDE sera déclarée recevable dans son intervention volontaire.

II – Sur la conformité de l'article 388 du Code civil aux droits et libertés protégés par la constitution

L'article 388 du Code civil, tel qu'il résulte de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016, dispose :

« Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.

Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de 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 Conseil constitutionnel est saisi des questions de constitutionnalité suivantes :

« 1. L'article 388 du code civil méconnaît-il les alinéas 10 et 11 du Préambule de 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 dignité humaine en permettant le recours à des examens 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 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 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 1946 et du Préambule de 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 ? »

Avant d'aborder les raisons pour lesquels il convient d'abroger l'article 388 du Code civil, l'exposante tient à rappeler le contexte dans lequel les examens radiologiques osseux sont ordonnés.

La protection de l'enfance relève, de manière traditionnelle et en particulier depuis les lois de décentralisation et de la loi du 5 mars 2007, de la compétence des Présidents des Conseils départementaux.

Longtemps ignorée par les pouvoirs publics, la prise en charge des mineurs isolés étrangers a fait l'objet d'une circulaire en date du 31 mai 2013 de Mme la garde des Sceaux, d'un protocole signé entre l'Etat et les départements afin d'organiser un dispositif national de mise à l'abri comprenant un système de répartition des mineurs entre les départements et d'un protocole d'évaluation de l'âge et de l'isolement des mineurs isolés étrangers (avec la mise en place d'un accueil provisoire d'urgence de 5 jours remboursé forfaitairement par l'Etat à hauteur de 250 €).

Cette circulaire a été partiellement annulée par le Conseil d'Etat suivant arrêt du 30 janvier 2015 (371415, 371730 et 373356).

Une réforme d'ampleur est intervenue au cours de l'année 2016 avec la loi du 14 mars 2016, les décrets des 24 juin et 28 octobre 2016, les arrêtés ministériels du 28 juin 2016, du 23 septembre 2016 et du 17 novembre 2016, les circulaires du 25 janvier 2016, du 1^{er} novembre 2016 et du 19 avril 2017, réglementant les évaluations de minorité, l'accueil provisoire d'urgence et les modalités de la prise en charge des mineurs étrangers. Une clé de répartition a été mise en place et confiée à la protection judiciaire de la jeunesse afin de répartir les mineurs isolés sur le territoire français.

L'article 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 mars 1989 dit qu'un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable.

L'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant précise que *« les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation »*.

L'article 20 de la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant dispose que *"tout enfant"* privé de son milieu familial ou en danger au sein de celui-ci a droit à une protection. Aucune condition de nationalité ni d'origine n'est donc prévue.

Ce principe de non discrimination combiné à l'article 20 précité impose aux Etats de mettre en oeuvre une politique de protection de l'enfance identique à l'égard de tous les enfants en situation de danger.

A propos de l'application de l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a précisé dans ses observations générales n°6 de septembre 2005 : « *les obligations qui incombent à un État en vertu de la Convention s'appliquent à l'intérieur de ses frontières, y compris à l'égard des enfants qui passent sous sa juridiction en tentant de pénétrer sur son territoire. La jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est donc pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement, sauf indication contraire expresse de la Convention, être accessible à tous les enfants – y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants –, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie.* »

L'article 3-1 de la CIDE de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant protège de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes décisions prises par les autorités publiques.

La prise en charge des mineurs isolés étrangers, de fait privés de la protection de leur famille, est une obligation légale incombant aux services de la protection de l'enfance en danger.

Elle repose sur le fondement des articles L. 222-1 et suivants du Code de l'Action Sociale et des Familles qui prévoient l'intervention de l'Aide Sociale à l'Enfance : *"sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance sur décision du président du conseil départemental : les mineurs qui ne peuvent demeurer provisoirement dans leur milieu de vie habituel et dont la situation requiert un accueil à temps complet ou partiel, modulable selon leurs besoins, en particulier de stabilité affective, ainsi que les mineurs rencontrant des difficultés particulières nécessitant un accueil spécialisé, familial ou dans un établissement ou dans un service tel que prévu au 12° du I de l'article L. 312-1 "*

En vertu des articles L.223-2 al. 4 et 5 et R 211-11 du Code de l'Action Sociale et des Familles, la prise en charge administrative ne devrait pas excéder 5 jours pour laisser la place à une phase judiciaire ; dans les faits, la phase administrative a une durée très variable (de quelques heures dans certains départements à plusieurs mois) au cours de laquelle le Conseil départemental évalue la minorité du jeune en coordination avec le parquet.

La phase judiciaire consiste ensuite pour le parquet à prendre une ordonnance de placement provisoire d'une durée maximale de 8 jours avec, l'issue de cette période, une saisine obligatoire du Juge des enfants en vertu des articles 375 et suivants du Code civil.

Le droit commun place le juge des enfants au centre du dispositif de protection de l'enfance. En réalité, on constate de très nombreuses pratiques d'évitement du Juge des enfants par les Conseils départementaux et les parquets concernant les jeunes migrants étrangers, qui peinent à faire reconnaître leurs droits.

Le Juge des Tutelles peut également être saisi sur le fondement des articles 373, 373-2-6, 388-1, 388-2, 390, 398 et suivants, 411 et 411-1 du Code civil, afin de mettre en place une mesure de tutelle en désignant le Président du Conseil départemental comme tuteur.

En application de l'article R 221-11 du Code de l'Action Sociale et des familles, les services de l'Aide sociale à l'enfance doivent évaluer la minorité du jeune dans le cadre d'entretiens conduits par des professionnels justifiant d'une formation ou d'une expérience définies par l'arrêté du 17 novembre 2016 dans une approche pluridisciplinaire.

L'appréciation de la minorité doit tenir compte de l'évaluation pluridisciplinaire menée, dans un climat de bienveillance et de neutralité, tout en respectant le principe de présomption d'authenticité des actes d'état civil étrangers en vertu de l'article 47 du Code civil.

Les tests osseux sont pratiqués depuis plusieurs années à l'égard des jeunes étrangers, dont la minorité est mise en doute. Ils ont été longtemps mis en œuvre sans aucun cadre légal.

Seuls la circulaire et les protocoles précités du 31 mai 2013 évoquaient les conditions dans lesquels les tests osseux pouvaient intervenir.

Suite à un appel lancé le 17 janvier 2015 et signé par 13.000 personnes dont de nombreuses personnalités, médicales, scientifiques et juridiques, demandant l'interdiction de cette pratique, des amendements ont été déposés lors des débats parlementaires en vue de proscrire les tests osseux.

Malgré ce fort contexte d'opposition, l'article 388 du Code civil a été voté avec l'adoption de l'amendement de la secrétaire d'Etat chargée de la famille, de l'enfance, des personnes âgées et de l'autonomie.

Loin d'encadrer de manière rigoureuse leurs recours, ces examens radiologiques osseux sont devenus systématiques alors même que la loi en rappelle le caractère subsidiaire.

En principe, ces examens ne devraient être réalisés qu'en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable.

En réalité, les tests osseux sont le plus souvent ordonnés, sans que les deux conditions cumulatives ne soient respectées, et sans que le recueil du consentement du principal intéressé ne soit recueilli.

Par ailleurs, le principe selon lequel *le doute doit profiter à celui qui se dit mineur* n'est pas respecté avec rigueur.

Le recours aux examens médicaux, alors même qu'ils ne sont pas fiables et ne sont pas en mesure de donner un âge, doit impérativement être abandonné au profit d'une **évaluation socio-éducative** sérieuse menée par des personnes compétentes fondée sur des éléments objectifs et conforme au principe de présomption de minorité.

Ces pratiques, qui constituent des atteintes graves portées aux droits fondamentaux des mineurs non accompagnés, justifient l'abrogation de l'article 388 du Code Civil.

*** Les procédures concernées par les tests osseux**

La détermination de la minorité et de l'isolement permet de déclencher une protection au titre de l'enfance en danger en termes d'hébergement, de suivi éducatif, de prise en charge pour la scolarité et la santé.

En outre, le jeune, qui a été reconnu mineur, pourra se voir attribuer, à sa majorité, un titre de séjour de plein droit ou sous condition, pourra déposer une demande d'asile, ou réclamer la nationalité française dès lors qu'il aura été confié à l'aide sociale à l'enfance depuis au moins trois ans.

A contrario, s'il est reconnu majeur, le jeune migrant sera en situation irrégulière et menacé d'une reconduite à la frontière et d'un placement en rétention.

Dans un contexte de méfiance généralisée à l'égard des étrangers, les jeunes migrants ne sont pas considérés comme des enfants ou de jeunes personnes vulnérables mais d'abord comme des étrangers.

Ils font l'objet d'une contestation systématique de leur minorité et des actes d'état civil dont ils sont porteurs, ce qui conduit l'autorité judiciaire, à savoir les procureurs de la République et les Juges, à faire appel aux médecins afin d'évaluer l'âge de l'intéressé.

La suspicion généralisée se traduit par un discrédit constant à l'égard des actes d'état civil étrangers malgré la présomption de validité prévues à l'article 47 du Code civil. Le constat est fait que des analyses documentaires très aléatoires de la police de l'Air et des Frontières sont régulièrement produites sans une motivation lacunaire et des notions juridiques incertaines. Des documents d'état civil sans photographies, alors qu'ils satisfont à l'article 47 du Code civil, sont régulièrement écartés, motifs pris qu'ils ne s'appliqueraient pas à la personne. Dans une note d'actualité du 1^{er} décembre 2017, la direction générale de la police nationale jette l'opprobre de manière indifférenciée sur de nombreux actes d'état civil guinéens en raison d'une prétendue fraude généralisée (la légalité de cette note est actuellement contestée par le GISTI devant le Conseil d'Etat ; le référé suspension a été rejeté pour défaut d'urgence. Pendant la procédure, cette note produit des effets délétères en utilisée massivement pour dénier toute validité aux actes d'état civil guinéens).

Les tests osseux sont ordonnés le plus souvent par le procureur de la République à la demande du Conseil départemental **pendant la phase administrative** ci-avant décrite.

Ils peuvent également être ordonnés par le Juge des enfants dans le cadre de la **procédure civile** d'assistance éducative.

Le Juge des tutelles peut également les ordonner en cas de doute sur la minorité.

Ces tests ont également un impact décisif dans les **procédures administratives** en cas de recours contre décisions de refus de séjour, les mesures d'obligation de quitter le territoire français, d'interdiction de retour sur le territoire français.

Ces examens sont également soumis à l'appréciation du Juge des libertés et de la détention dans le cadre des recours contre la légalité du placement en rétention ou de la demande de prolongation.

Ils ont également un place cruciale dans les **procédures pénales**. Il n'est pas rare qu'un jeune, après avoir fait l'objet d'un refus de prise en charge, se voit convoqué devant les services de police ou de gendarmerie pour être placé en garde à vue (sous le régime des majeurs) puis présenté, à l'issue de sa garde à vue, au Tribunal correctionnel dans le cadre d'une comparution immédiate ou convoqué ultérieurement devant la juridiction pénale pour majeurs. Ces poursuites pénales sont diligentées pour faux et usage de faux, ou fausse déclaration en vue d'obtenir une protection induue.

Dans cette hypothèse, les parquets écartent les documents d'identité en faisant prévaloir les tests osseux pour faire reconnaître la compétence du Tribunal correctionnel. Le jeune est alors convoqué avec la mention « X se disant » et se voit attribuer une date de naissance fictive, arbitrairement fixée par le parquet pour les besoins de la cause. Ces procédures peuvent aboutir à des condamnations à des peines d'emprisonnement fermes, avec mandats de dépôt, assorties d'interdictions du territoire français, outre de lourdes condamnations civiles au profit des Conseils départementaux.

*** Présentation des principaux tests osseux et les critiques dont ils font l'objet**

Rappelons que l'âge chronologique (AC) correspond à l'âge réel selon la date de naissance de l'enfant (âge civil). L'âge statural (AS) correspond à l'âge de l'enfant lorsque la taille mesurée est projetée sur la moyenne sur les courbes de référence. L'âge osseux qui relève d'un examen radiologique (AO) correspond à l'âge de maturation osseuse selon des atlas de référence.

Entre diaphyse et épiphyse se trouve chez l'enfant la métaphyse qui comprend le cartilage épiphysaire dit de croissance. Le cartilage épiphysaire est temporaire. Il assure la croissance des os longs.

Les examens radiologiques osseux reposent sur l'évaluation de la chronologie d'apparition des noyaux épiphysaires, et des os longs, de leur croissance, de leur modelage et de la disparition des cartilages de conjugaison par rapport à des données de référence. Ces données de référence, notamment des atlas de radiographies, sont très discutées.

Seuls les examens radiologiques osseux sont autorisés pour la détermination de l'âge par l'article 388 du code civil. Ils doivent être effectués exclusivement au sein d'une unité médico-judiciaire (annexe 1 de la circulaire du 25 janv. 2016).

Quelle que soit la méthode utilisée, elle consiste en la réalisation de clichés médicaux (radiographie, scanner, panoramique dentaire), lecture de ces derniers et comparaison à des atlas de référence.

Comme l'a rappelé l'ESPR – *European Society of Paediatric Radiology* dans un article de 2018 ainsi que le Dr Martrille, quel que soit l'atlas de référence étudiée, quel que soit l'étude considérée, les données de l'atlas de référence ou de l'étude de référence considérée, ne sont valables que sur la population étudiée. De plus, au sein même de la population étudiée, à ce jour, aucune étude n'a produit de résultats fiables à 100%.

Aujourd'hui, trois méthodes sont communément utilisées :

- La radiographie de la main et du poignet gauches
- L'examen dentaire
- L'examen de la clavicule.

Chaque méthode a ses « atlas de référence ». Il convient de rappeler que ces méthodes ont été initialement créées à des fins thérapeutiques et/ou de diagnostic médical. **L'objectif unique initial était de soigner, de suivre l'évolution de certaines pathologies de l'enfance.**

A cette fin, des atlas ont été créés dans les années 1950-60 pour suivre l'évolution de certaines pathologies de l'enfance.

Avant d'aborder chacune de ces méthodes, il convient de rappeler que pour chaque méthode, quel que soit l'atlas ou l'étude prise en référence, il ne faut pas confondre ***intervalle de confiance ou de prédiction, écarts types et marge d'erreur***. En effet, dans nombre de publications, nous pouvons lire « la marge d'erreur communément admise ». Cette notion vulgarisée de marge d'erreur communément admise est erronée.

En effet, pour chaque planche de référence, et chaque stade, les éléments à prendre en compte (et à différencier) sont les suivants

- La population composant l'échantillon étudié
- l'intervalle de confiance
- l'écart-type
- la moyenne observée
- et les âges du plus jeune sujet et du sujet plus âgé observés

Ces cinq éléments sont essentiels à la lecture des résultats afin de pouvoir apprécier la « marge d'erreur ».

L'intervalle de confiance d'une mesure donne la « marge d'incertitude » autour de cette mesure. Traditionnellement on présente un intervalle de confiance « à 95 % ». Cela signifie, sur un échantillon donné, qu'il y a 95% de chances que la « vraie » valeur se trouve **entre les bornes de cet intervalle**. Le risque d'erreur, c'est-à-dire que le risque que le sujet ne se trouve pas dans les bornes de cet intervalle, est de 5%.

L'écart-type (*standard deviation*) est l'indice de dispersion le plus fréquemment employé.

« L'écart-type est l'indice résumant la différence de chaque observation par rapport à la moyenne. L'utilisation de l'écart-type prend tout son sens pour décrire une variable de distribution normale. L'utiliser en faisant implicitement l'hypothèse de normalité dans le cas d'une variable qui ne l'est pas peut conduire à des résultats absurdes.

Lorsque la variable a une distribution qui est approximativement « normale » (ou gaussienne), l'écart type fournit une base fondamentale pour interpréter les données en termes de probabilité. La distribution normale est représentée par une famille des courbes définie uniquement par deux indices, l'écart type et la moyenne. Si la distribution suit une distribution normale, alors, environ 68 % des observations se situe entre la moyenne + un écart type et la moyenne – 1 écart-type et **95 % des observations entre la moyenne + 2 écart-types et la moyenne – 2 écart-types. Ce dernier intervalle est souvent utilisé pour définir les normes de référence.** » (« Interpréter un intervalle de confiance », A. Dupuy Service de Dermatologie Hôpital Saint Louis, J.-C. Guillaume Service de dermatologie Hôpital Pasteur, Annales de Dermatologie et de Vénérologie Vol 131, N° 2 - février 2004, p. 220)

Avant tout examen radiologique, une première phase est constituée par un examen clinique.

L'examen clinique porte d'abord sur le poids et la taille. Ce qui est très limité pour pouvoir corrélér quelque chose à l'âge.

Le seul élément qu'un tel examen peut éventuellement permettre est de dépister des pathologies qui pourraient interférer avec l'âge, notamment endocrinienne. Or, de telles pathologies n'ont pas toujours de manifestations cliniques évidentes et demandent un suivi dans la durée.

Cet examen clinique est utile pour diagnostiquer une pathologie.

1/ L'examen radiographique de la main ou du poignet

Greulich (1899-1986) et Pyle (1895-1987) enseignaient l'anatomie et l'anthropologie à la Western Reserve University de Cleveland (Ohio) et à l'université de médecine de Stanford.

En réalité, Greulich et Pyle se sont appuyés sur l'atlas de Thomas Wingate Todd « *The Atlas of skeletal maturation* » datant de 1937. Thomas Wingate Todd (1885-1938), à l'origine spécialiste de médecine dentaire, enseignait l'anatomie et l'anthropologie physique à la Western Reserve University de Cleveland.

L'atlas de Todd est principalement construit avec des données provenant d'une cohorte d'enfants, d'âge connu, ce qui est fondamental à préciser, d'origine nord-américaine, originaires d'Europe du nord, de niveau socio-économique élevé. L'étude a été réalisée avec l'aide de la *Brush Foundation study of human growth and development of the Western Reserve University School of medicine* de Cleveland (Ohio). La « *Hamann-Todd Human Osteological Collection* » du musée d'histoire naturelle de Cleveland réunit plus de trois mille cent squelettes. C'est d'ailleurs une des collections anthropologiques les plus réputées du monde dont la data base est consultable sur internet.

Greulich et Pyle ont complété l'atlas de Todd, ajoutant notamment une méthode graphique (connu sous le nom de *Pyle's red graph*).

Il s'agit de la méthode d'évaluation de l'âge la plus couramment utilisée qui se fonde sur la radiographie de la main et du poignet gauches [par convention] par comparaison avec des clichés de référence, existants sur des tables de clichés d'une population américaine " d'origine caucasienne ", décrite dans les années 30 et 40.

Schématiquement, ces clichés radiographiques analysent l'existence et la taille de point d'ossification (os sésamoïde du pouce) et des signes de maturation épiphysaire des phalanges. Les planches de l'atlas donnent une information statistique, mais pas d'information individuelle.

L'Atlas de Greulich et Pyle a démontré que l'écart-type augmentait avec l'âge.

Le professeur de radiologie pédiatrique, Catherine Adamsbaum, explique que l'atlas Greulich-Pyle se compose d'une série de reproductions de la main et du poignet, chaque reproduction correspondant à l'âge moyen d'un âge chronologique selon le sexe. Ainsi, l'âge osseux d'un enfant est estimé en faisant concorder sa radiographie avec l'une des images de référence, privilégiant la maturation des épiphyses en cas de dissociation entre la maturation du carpe et la maturation des épiphyses des phalanges. La professeur Adamsbaum est réservée sur la fiabilité des examens osseux en référence à l'atlas de Greulich-Pyle.

L'atlas de Greulich et de Pyle est la cible de nombre de critiques du milieu médical. L'atlas critiqué est construit avec des enfants d'âge connu, de milieux aisés alors qu'il est utilisé actuellement pour des jeunes migrants aux origines ethniques variées, souvent malnutris, en mauvaise santé, dont l'âge justement est inconnu ou discuté.

La société française pour la santé de l'adolescent, la société française de pédiatrie, le syndicat national des médecins de protection maternelle et infantile (SNMPMI), l'association nationale des maisons des adolescents, l'association française de pédiatrie ambulatoire, l'ONG Pédiatres du monde, ont publié un communiqué commun le 8 mars 2016, expliquant leur opposition à la détermination de l'âge par examen radiologique osseux.

Le Royal College of paediatrics and child health du Royaume-Uni a rejeté cette méthode dès le 19 novembre 2007.

Georg Friedrich Eich, président de la Société suisse de radiologie pédiatrique (SSRP) et Valérie Schwitzgebel, présidente de la Société suisse d'endocrinologie et de diabétologie pédiatriques présentent leur analyse de la manière suivante :

« La méthode de Greulich-Pyle est reconnue pour déterminer l'âge biologique mais elle n'a été ni conçue, ni testée pour déterminer l'âge chronologique.

La variabilité individuelle (l'écart-type) de l'âge osseux, selon Greulich et Pyle, par exemple, pour un jeune homme de 17 ans est de 15,4 mois.

En tenant compte d'un double écart-type qui est couramment utilisé pour mesurer la norme en médecine, il en résulte une différence de plus de deux ans. De ce fait, un garçon de 17 ans en bonne santé, peut avoir un âge osseux de 19 ans et présenter une maturation osseuse terminée. En d'autres termes, même avec la fusion complète du cartilage de croissance, il est possible que l'âge chronologique soit moins de 18 ans.

Les filles atteignent la fin de leur croissance plus tôt que les garçons, ce qui augmente la

possibilité que l'examen radiologique de la main d'une fille mineure révèle un squelette mature, suggérant un âge plus avancé.

Les données actuelles concernant l'âge osseux d'ethnies différentes ne sont disponibles que ponctuellement et ne peuvent d'autant moins être appliquées à la population actuelle de migrants.

Certaines maladies comme les troubles du système endocrinien peuvent interférer avec le processus de maturation osseux. »

La conclusion des docteurs Friedrich et Schwitzgebel est sans appel :
« Ainsi, une évaluation de la maturation osseuse sans examen médical supplémentaire et/ou sans évaluer l'état nutritionnel doit être rejetée. Enfin, la radiographie est un examen médical réalisé avec des rayons ionisants, donc potentiellement dangereux . »

Le professeur de médecine légale, Patrick Chariot, parle au sujet de la méthode Greulich et de Pyle, de « détournement méthodologique ».

Il explique que l'atlas de Greulich et de Pyle, a été conçu pour détecter notamment chez des enfants « d'âge connu » un trouble de croissance ou de maturation osseuse. L'atlas en question n'a jamais eu pour objectif d'estimer un âge.

Devant la polémique et l'absence d'autres méthodes, le gouvernement français a saisi en 2006 l'Académie de médecine afin d'évaluer la validité et la fiabilité des techniques de détermination de l'âge par examen radiologique osseux.

L'Académie de médecine indique que *« la méthode de Greulich et de Pyle universellement utilisée permet d'apprécier avec une bonne approximation, l'âge de développement d'un adolescent en-dessous de seize ans mais beaucoup moins entre seize ans et dix-huit ans. »* Face à de telles incertitudes, l'Académie de médecine recommande *« une double lecture de l'âge osseux par un radio-pédiatre et par un endocrino-pédiatre ».*

Concernant cette méthode, le professeur Diamant-Berger, ancien chef de service des UMJ de l'Hôtel-Dieu à Paris explique que :

« La détermination de l'âge d'un individu pose un véritable problème au médecin conscient du caractère très imparfait, peu fiable, des techniques de détermination d'âge dont il dispose. »

« Ces clichés radiologiques sont en effet comparés à ceux d'un atlas de référence établi en 1935 à partir d'une population de race blanche, née aux Etats-Unis, d'origine européenne et de milieu familial aisé, destiné non pas à déterminer avec précision un âge civil mais à déceler certaines pathologies notamment de croissance de l'enfant ou adolescent. (...) Aucune étude analogue n'a porté sur les populations africaines ou asiatiques. Cette méthode d'évaluation dite de Greulich et Pyle est fiable à plus ou moins 18 mois » (in Détermination médico-légale de l'âge du sujet jeune, O. Diamant-Berger et J. Nauwelaers, colloque du SAF, mars 2003). »

Saisi par Claire Brisset, Défenseure des droits, le CCNE a rendu un avis le 11 juillet 2005 n°88, portant « *Sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques* » en affirmant d'emblée « *le caractère inadapté de la méthode Greulich-Pyle* » :

*« La démarche doit être celle d'une protection avant celle d'une détection.
La fonction du corps médical doit être celle d'un soignant avant d'être celle d'un expert.
Comment le juge peut-il utiliser une expertise détournée de sa finalité scientifique initiale ?
Que peut faire le juge d'une information dont la médecine dit qu'elle ne peut avoir de signification en termes juridiques ?
L'examen radiologique osseux est empreint de violence et peut blesser la dignité des enfants.
L'attribution du statut de mineur ne peut reposer exclusivement sur cette méthode. C'est un examen dont l'imprécision est mal évaluée. »*

Les récentes études réalisées ces dernières années, ayant pour objectif de tester cet Atlas sur des populations « contemporaines », ne font qu'illustrer les critiques du corps médical précédemment cité.

Une étude de 2007, « Estimation de l'âge osseux par l'atlas de Greulich et Pyle : comparaison de 3 échantillons contemporains d'origine géographique différente », K. Chaumoître, et autres, Journal de radiologie, Volume 88, n° 10 page 1376 (octobre 2007), ayant pour objectif d'analyser l'Atlas de Greulich et Pyle appliqué à 3 populations contemporaines (France, Maroc, Québec), confirmait « les données récentes de la littérature concernant **l'influence prédominante du niveau socio-économique sur l'estimation de l'AO** et [soulignait] la validité de l'atlas de [Greulich et Pyle] **appliquée à une population contemporaine surtout de niveau socio-économique élevé.** »

En 2015, l'Atlas a été testé par des médecins de Tours. Cette étude a montré qu'un poignet entièrement fusionné ne permettait pas de conclure que la personne avait plus de 18 ans. En effet, l'échantillon de référence a démontré que

- le jeune homme le plus jeune ayant un poignet entièrement fusionné avait 15,4 ans
- la jeune femme la plus jeune observée à avoir un poignet fusionné avait 15.1 ans.

« Can the Greulich and Pyle method be used on French contemporary individuals ? » par Donca Zabet, Camille Rérolle, Julien Pucheux, Norbert Telmon, Pauline Saint-Martin dans International Journal of Legal Medicine - January 2015, Volume 129, Issue 1, pp 171–177

Donc la science ne permet pas de dire « il ou elle a 19 ans +/- un an » mais seulement qu'un individu ayant un poignet entièrement fusionné observé a 15 ans.

« C'est très important de dire cela dans les rapports d'expertises adressés au magistrat. 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 puisque le plus jeune sujet avec un poignet fusionné observé dans telle étude avait 15 ans. » »

En 2011, une autre étude a été réalisée en Italie. Selon cette étude, sur l'échantillon analysé, les individus dont les clichés correspondaient à la planche 18 ans de l'Atlas Greulich et Pyle (poignet entièrement fusionné observé) avaient

- entre **15.6 ans** et 19.7 ans pour les hommes
- entre **16.2 ans** et 20.0 ans pour les femmes.

Si la probabilité d'observer un poignet fusionné chez un sujet de plus de 18 ans est plus importante que celle chez un sujet de moins de 18 ans, nous devons aussi dire qu'il y a tant de possibilités que le sujet ait 15 ans.

Enfin, il faut noter l'une des dernières études récentes, considérée comme la plus « solide » par l'ESPR – *European Society of Paediatric Radiology*, a été menée en octobre 2017. L'objectif de cette étude était d'évaluer son exactitude et de calculer les intervalles de prédiction à 95% pour une utilisation médico-légale. L'étude a été menée sur un échantillon multiethnique de 2614 personnes (1423 garçons et 1191 filles) dirigées vers l'hôpital universitaire de Marseille (France) pour des blessures simples. Les radiographies à la main ont été analysées à l'aide de l'atlas de Greulich et Pyle. La fiabilité de l'atlas Greulich et Pyle et l'accord entre l'âge osseux et l'âge chronologique ont été évalués et des intervalles de prédiction à 95% ont été calculés.

L'étude montre que les intervalles de prédiction à 95% **sont très larges**, reflétant la variabilité individuelle, et doivent être connus lorsque la méthode est utilisée dans des cas médico-légaux : environ 4 ans après 10 ans.

Cette étude a conduit l'ESPR – European Society of Paediatric Radiology, à émettre un avis en septembre 2018.

Dans cet avis, l'ESPR conclut

- que si l'Atlas de Greulich et Pyle est toujours valide, son utilisation n'est valide que pour les populations venant d'une zone géographique très limitée
- que l'ensemble des études montrent que l'âge chronologique ne peut être déterminé sur la base d'un âge osseux et qu'il est impossible de déterminer si une personne a plus ou moins de 18 ans par un âge osseux
- qu'il est impossible de prendre en compte les variations biologiques, même avec un intervalle de confiance à 95%, que l'étude la plus solide montre que l'écart type peut être de plus de 4 ans
- qu'il n'existe aujourd'hui aucune étude concernant les effets additionnels de la malnutrition, du stress, des conditions de santé alors qu'il est certain que cela peut augmenter l'écart type entre âge osseux et âge chronologique
- que pour avoir un modèle mathématique correct, il faudrait calculer des statistiques pour chaque stade de maturation squelettique d'un groupe de base, à condition que les données sur lesquelles ce modèle est fondé soient représentatives de l'ensemble des ethnies et à condition de prendre en considération l'impact des conditions de nutrition, de santé sur la maturation osseuse – ce qui, comme l'indique clairement l'ESPR – n'est pas à ce jour réalisable.

L'ESPR conclut qu'ainsi, en l'état des connaissances, elle ne peut pas recommander l'usage de l'âge osseux basé sur l'atlas de Greulich et Pyle comme outil de détermination de l'âge chronologique.

2/ L'examen odontologique

Le développement dentaire est constitué de l'émail et de la dentine :

- L'émail est constitué d'un tissu virtuellement mort composé de cristaux d'hydroxyapatite qui enveloppent et protègent la couronne dentaire. Les modifications visibles au niveau de l'émail se limitent à de l'attrition ou de l'érosion dentaire et à des modifications de couleurs externes.

- La dentine est formée de cellules vivantes, d'odontoblastes englobés dans une matrice calcifiée composée d'hydroxyapatite et de collagène. Elle est très réactive aux agressions extérieures et se manifeste par des modifications ou des réactions telles que la formation de dentine secondaire au niveau de la couronne ou de la formation de ciment au niveau du tiers apical.

Concernant l'examen odontologique de la 3^e molaire (ou dents de sagesse) il existe plusieurs examens possibles : l'observation de l'éruption dentaire ou le cliché panoramique.

L'éruption dentaire est un examen fiable jusqu'à 12 ans. Après 12 ans, elle évolue et varie de façon extrêmement aléatoire en fonction des individus.

Un article de Mincer HH et Al (1993) qui fait autorité encore aujourd'hui indique que, sur l'échantillon de l'étude, lorsque la 3^e molaire est totalement formée, un individu a 90,2% de chances d'avoir plus de 18 ans. Voilà ce que dit la science. Comme le rappelle le Dr Martrille, *« en tant que médecins, nous ne pouvons pas dire « il a 18 ans ». Nous disons « il a 90,2% de chances d'avoir plus de 18 ans ». Ce n'est pas des choses fausses. La science dit il a 90.2% d'avoir plus de 18 ans. Mais nous ne pouvons absolument pas dire « il a plus de 18 ans ». Ce n'est pas possible. »*

Un autre article plus récent de Gunst de 2003 dit que si le développement de la troisième molaire est complet, les hommes ont 96.3% de chances d'avoir plus de 18 ans et les femmes ont 95.1% de chances d'avoir plus de 18 ans.

Donc là encore il y a une variabilité qui fait que nous ne pouvons absolument pas affirmer qu'il ou elle a plus de 18 ans.

Demirjian, en 1973, a établi une classification en 8 stades. Pour chaque groupe de dents, on détermine le stade de développement, à chaque stade de développement correspond un score numérique, la somme des scores pour les 7 dents permet d'obtenir le score total de développement de l'enfant allant de 0 à 100. Ce score total est traduit en âge à l'aide des tableaux de correspondance. L'échantillon constitué par Demirjian en 1973 a été établi à partir de radiographies panoramiques de 1446 garçons et de 1482 filles âgés de 2 à 20 ans et d'origine Francocanadienne. Les tables de conversion produites permettent des estimations entre 3 et 16 ans, les classes d'âges extrêmes étant insuffisamment représentées pour être intégrés dans les tables. Afin de palier ce déficit d'effectif des classes d'âges extrêmes, Demirjian (1986) intègre des individus supplémentaires, augmentant son échantillon à 2047 garçons et 2349 filles âgés de 2 à 20 ans.

Trois études analysées montrent que, pour un intervalle de confiance à 95%, les écarts types au niveau de la 3^e molaire peuvent aller jusqu'à +/- 4 ans, ce qui est conséquent, en particulier au regard de la population concernée par cette étude, des adolescents.

L'éruption complète des quatre dents de sagesse survient en moyenne après l'âge de 18 ans. Il est impossible pour autant de conclure qu'un adolescent ayant ses dents de sagesse a plus de 18 ans.

Ainsi, l'émergence de dents de sagesse chez l'adolescent de 13 ans a été rapportée dès 1946 en Inde et en 1960 en Ouganda [28,29].

Plus récemment, dans une population d'adolescents nigériens de 14 ans, 1,1 % avaient leurs quatre dents de sagesse, confirmant ainsi les résultats de trois études menées au Kenya et au Nigeria [30-33].

Ainsi, au vu de données abondantes et de sources diverses, la recommandation d'Ajmani et Jain en 1984 (Nigeria) pourrait-elle être applicable à la pratique médico-judiciaire actuelle : "Si une personne a toutes ses dents de sagesse, il est peu probable qu'elle ait moins de 14 ans" [31].

Rappelons enfin à ce titre l'avis n°88 sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques du Comité Consultatif National d'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé qui indiquait que « *Non seulement le développement dentaire [et la manifestation des signes de puberté] sont très hétérogènes selon les personnes, mais des modifications majeures concernant l'âge de leur survenue, liées à divers facteurs environnementaux, rendent de plus en plus aléatoire l'interprétation individuelle et la fixation d'un âge chronologique réel.* »

L'examen dentaire, qu'il soit clinique ou radiologique, est aussi l'objet de nombreux articles critiques dans la littérature internationale.

Cet examen ne peut être considéré comme fiable dans la mesure où le développement dentaire est très hétérogène et est particulièrement influencé par des facteurs environnementaux.

3/ L'examen radiographique de la clavicule

Dans le cadre de cet examen, il s'agit ici d'examiner la partie interne de la clavicule, l'épiphyse.

Il y a différents stades correspondant à l'évolution du noyau épiphysaire. Il s'agit de regarder si la clavicule est entièrement fusionnée.

Lorsque nous analysons les planches de référence, nous constatons qu'au stade 2, donc lorsque la clavicule n'est pas encore fusionnée, pour l'échantillon de l'étude,

- la moyenne est de 18.9 ans +/- 1.7 ans (écart type)
- le plus jeune homme ayant atteint un stade 2 avait 15,2 ans
- la plus jeune femme ayant atteint un stade 2 avait 15 ans.

Et nous nous apercevons que jusqu'au stade 3, selon les planches de référence, il est possible d'avoir moins de 18 ans.

Un point primordial à noter : si une radiographie du poignet conduit à une irradiation contenue, un scanner de la clavicule irradie fortement. Or, il s'agit ici d'irradiations non négligeables de personnes à des fins non médicales.

La radiographie de la clavicule, selon l'état de la science à l'heure actuelle, permettrait uniquement de dire qu'il n'a jamais été trouvé de femmes de moins de 20 ans et d'hommes de moins de 21 ans avec l'épiphyse (os des clavicules) entièrement fusionnée (stade 4 et 5) (Webb PA, Suchey JM, Epiphyseal union of the anterior iliac crest and medial clavicle in a modern multiracial sample of American males and females, Am J Phys Anthropol, 1985 Dec. 68(4) 457)

L'analyse des stades de formation de l'épiphyse est délicate et nécessite d'être spécialement formé et entraîné. En effet, de nombreuses erreurs sont commises par les médecins radiologues.

Or, la lecture de ces clichés n'est pas chose aisée et malheureusement de nombreuses erreurs sont commises, ayant de lourdes conséquences puisqu'il s'agit d'erreurs entre le stade n°1 où il n'y a pas de noyau, et donc la clavicule apparaît comme lisse, comme au dernier stade. Pour dissocier ces stades, il faut des médecins entraînés et capables de lire les clichés.

Cela a été noté lors d'un groupe de travail organisé à Montpellier dans un colloque, par le Dr Laurent Martrille, CHU de Nancy, tous les médecins radiologues présents se trompaient. Très peu de médecins sont capables de différencier ces stades [Groupe de travail Jurisprudence InfoMIE, 30 septembre 2016 pièce n°]

Dans une étude belge sur « *l'estimation de l'âge des MENA en question : problématique, analyse et recommandations* », étaient pointés les difficultés suivantes : « *Deux problèmes techniques sont également 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 ».

En définitive, ces tests, quelle que soit la méthode utilisée ne sont pas fiables, présentent une marge d'erreur qui est conséquente (si l'on intègre les données extrêmes de chaque intervalle) pouvant aller de deux à trois années à une dizaine d'années.

Les facteurs socio-économiques entraînent des écarts très importants dans la maturation osseuse de chaque individu selon le milieu où il s'est développé. De récentes études montrent l'influence des pesticides, très répandus dans les régions infestées par le paludisme, comme perturbateur endocrinien et favorisant des pubertés précoces.

De plus, ils sont réalisés par radiographies ou par scanners et provoquent des irradiations.

Pour l'ensemble de ces raisons, la décision a été prise en Grande-Bretagne de ne plus y avoir recours pour estimer l'âge des adolescents, de même que la communauté médicale et scientifique britannique s'est positionnée contre toute pratique de radiographie chez les mineurs isolés (CA Michie, « Age assessment : time for change ? », Arch Dis Child, 2005).

La Cour suprême espagnole a également décidé qu'il n'était pas possible de soumettre des mineurs isolés à des tests médicaux pour vérifier leur âge, si ces derniers ont déjà prouvé leur minorité par des documents, des passeports ou des extraits de naissance officiels délivrés par leur pays d'origine.

(Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Madrid, sentencia 452/20014, décision du 24/09/2014)

oOo

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

1/ La méconnaissance de la protection de l'intérêt de l'enfant

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*».

Le 11^{ème} alinéa du Préambule 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 ainsi que 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 ; Cons. const., 17 novembre 2016, n° 2016-739 DC, §§ 51 et 52).

La protection de l'intérêt de l'enfant doit donc être respectée par le législateur.

Les dispositions de l'article 388 du code civil, qui prévoient que l'autorité judiciaire peut ordonner des examens radiologiques osseux, non fiables, pour déterminer si une personne a droit à une protection en tant que mineur, méconnaissent cette exigence.

*** L'absence de fiabilité scientifique des tests osseux**

Un examen médico-légal ne peut déterminer, de manière fiable, l'âge d'une personne.

Les plus hautes autorités médicales, scientifiques, éthiques et juridiques, ainsi que de nombreuses autorités nationales et internationales, s'accordent pour estimer que les tests osseux ne sont pas fiables puisqu'il s'agit d'outils approximatifs se fondant sur des tables de références anciennes et/ou détournées de leur finalité, sans prendre en compte l'histoire, l'environnement et le parcours du mineur.

Dans un avis n° 88 rendu en 2005, le comité consultatif national d'éthique a considéré, concernant la méthode de Greulich et Pyle, que « *l'incertitude est même la plus grande entre 15 et 20 ans, âges pour lesquels les examens sont le plus fréquemment demandés* » et qu'il était impossible de « *se fier à des critères scientifiques qui ont une utilité et des objectifs purement médicaux pour déterminer juridiquement un statut de mineur.* (...) »

Il conclut en ces termes :

« Ces examens médicaux sont actuellement pratiqués en l'absence de consentement de la personne elle-même ou d'un tuteur ou d'une personne de référence. Ils ne peuvent être prescrits et réalisés que dans le respect attentif de la personne qui se réclame du statut de mineur. Ils ne doivent en aucun cas conduire, dans l'état d'incertitude lié aux techniques actuellement utilisées, à attacher aux résultats des investigations une sorte de présomption de majorité. Le CCNE insiste tout au contraire, pour que le doute, inhérent à la matière, profite à celui qui se déclare mineur. »

L'ordre national des médecins a signé en 2010 une déclaration européenne pour l'accès aux soins de santé sans discrimination demandant à ce « *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* ».

Dans un avis du 23 janvier 2014 le Haut Conseil de la Santé Publique a procédé aux recommandations suivantes :

« 1. L'examen médical ne doit intervenir qu'en dernier ressort après évaluation sociale et examen des documents d'état civil. Le HCSP confirme les termes de la circulaire du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés.

- 1. Dans ce cadre, l'examen doit être réalisé dans une unité hospitalière de médecine légale, avec au préalable un entretien en présence d'un interprète, si nécessaire, pour la bonne compréhension de l'objectif de l'examen et l'acceptation indispensable du sujet.*
- 2. Cet examen ne doit pas être réalisé en cas de refus du sujet.*
- 3. En cas de suspicion de grossesse, l'examen radiologique ne doit pas être pratiqué.*
- 4. L'examen médical doit permettre d'identifier les événements de vie et les pathologies qui ont pu influencer le développement du jeune et de prendre en charge ses éventuelles pathologies.*
- 5. L'évaluation de l'âge pubertaire n'est pas indispensable et ne permet pas de fixer un âge d'état civil. Afin de contourner les problèmes éthiques liés à l'examen des organes génitaux,*

le Haut Conseil recommande exclusivement l'utilisation de plaquettes représentant les différents stades de maturation pubertaire de Tanner. Le jeune procède ainsi à une auto-estimation de son stade de maturation pubertaire en fonction des dessins représentés sur ces plaquettes.

6. *La détermination d'un âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge exact du jeune lorsqu'il est proche de la majorité légale. La détermination d'un âge physiologique sur le seul cliché radiologique est à proscrire.*
7. *Aucune méthode à elle seule ne peut scientifiquement donner un âge précis. La confrontation des données récoltées lors de l'examen médical est recommandée. Cet examen sert à détecter des arguments médicaux de forte probabilité de minorité. Le médecin doit se prononcer sur la compatibilité entre l'âge allégué et l'âge estimé. Le bénéfice du doute sur la majorité doit toujours profiter au jeune. »*

Et conclut de la manière suivante :

« Il n y a pas de nouvelles données scientifiques permettant de déterminer avec précision et fiabilité l'âge d'un individu. Dans le cadre d'une requête judiciaire, si une demande médicale intervient en dernier ressort, une combinaison de méthodes s'impose aux médecins, dans le cadre d'une unité hospitalière de médecine légale. »

Le Comité des droits de l'enfant a préconisé le 4 juin 2004 et le 12 juin 2009 que le processus de détermination de l'âge utilisé par la France est "susceptible de donner lieu à des erreurs pouvant conduire à ce que des mineurs ne se voient pas accorder la protection à laquelle ils ont droit" .

Dans un avis du 9 août 2011, Thomas HAMMARBERG le Commissaire aux droits de l'UE a mis en garde la France contre un recours trop systématique à ce type d'examen :

« Partout en Europe, et notamment au Royaume-Uni, les associations de pédiatres sont catégoriques sur un point : la maturité de la dentition et du squelette ne permet pas de déterminer l'âge exact d'un enfant, mais uniquement de procéder à son estimation, avec une marge d'erreur de deux à trois ans. L'étude sur les mineurs non accompagnés réalisée par le Réseau européen des migrations souligne que l'interprétation des données peut varier d'un pays à l'autre, voire d'un spécialiste à l'autre. »

« Le recours aux rayons X soulève par ailleurs de graves questions d'éthique médicale. En 1996, la Faculté royale de radiologie (Royal College of Radiologists (en)) 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 un intérêt thérapeutique et dans un but purement administratif. »

Dans une résolution en session plénière du 12 septembre 2013, le Parlement européen a remis en question la technique des tests osseux pour déterminer l'âge, en déplorant le « caractère inadapté et invasif des techniques médicales utilisées pour la détermination de l'âge dans certains États membres, parce qu'elles peuvent occasionner des traumatismes et parce que certaines de ces méthodes, basées sur l'âge osseux ou sur la minéralisation dentaire, restent controversées et présentent de grandes marges d'erreur » .

Le Parlement européen préconise la mise en place de normes communes fondées sur les meilleures pratiques en vigueur pour la détermination de l'âge, qui devraient

consister en un examen pluridisciplinaire et portant sur plusieurs critères, effectué par des praticiens et des experts indépendants et qualifiés, et réalisé d'une manière scientifique, sûre et équitable, adaptée aux enfants en concluant « le doute doit toujours bénéficier au mineur et les examens médicaux devraient uniquement être pratiqués lorsque les autres méthodes de détermination de l'âge ont échoué » et les résultats de ces évaluations devraient toujours pouvoir faire l'objet de recours.

Le Haut Commissariat aux Réfugiés (HCR), le Comité des droits de l'enfant et le Défenseur des droits ont également émis des avis très critiques sur l'utilisation des tests osseux pour déterminer l'âge des jeunes migrants compte tenu de l'absence de fiabilité de ces tests.

S'agissant des garanties préconisées, le Haut Commissariat aux Réfugiés (HCR) a demandé que :

- ▶ l'expertise doit être réalisée par un professionnel indépendant connaissant bien le milieu culturel et ethnique de l'enfant,
- ▶ en cas de doute, il doit y avoir présomption que la personne qui prétend avoir moins de 18 ans soit, de manière provisoire, traitée de la sorte,
- ▶ les examens cliniques ne devront jamais être imposés de force et aller à l'encontre de la culture de l'enfant,
- ▶ rappel de ce que "la détermination de l'âge n'est pas une science exacte et qu'il existe en la matière une marge d'erreur considérable"

En conséquence, le HCR demande que le bénéfice du doute soit accordé aux mineurs isolés.

Le Comité des droits de l'enfant a préconisé le 4 juin 2004 et le 12 juin 2009 que le processus de détermination de l'âge utilisé par la France est "*susceptible de donner lieu à des erreurs pouvant conduire à ce que des mineurs ne se voient pas accorder la protection à laquelle ils ont droit*".

La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a rendu un avis le 26 juin 2014, sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national, en soulignant d'une part le caractère fantasmatique de l'idée selon laquelle la France serait confrontée à une arrivée massive des mineurs isolés étrangers et d'autre part en rappelant le caractère manifestement inadapté, pour ne pas dire dégradant, de l'examen médical pratiqué de façon systématique chez les mineurs sans recueillir leur consentement et sans leur expliquer exactement le déroulement du processus d'expertise.

Elle conclut qu'elle « *ne peut que recommander fermement l'interdiction pure et simple du test osseux, en précisant que certains TGI et plusieurs Etats européens donc le Royaume-Uni, n'utilisent plus à ce jour cette méthode* ».

Elle rappelle également « *qu'il n'existe à ce jour aucune méthode médicale sûre de détermination de l'âge et recommande en conséquence qu'il soit mis fin à tout examen physique pour conclure à la minorité ou à la majorité d'un jeune isolé étranger* ».

Ainsi, la CNCDH recommande « *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. L'évaluation de l'âge à partir d'un examen osseux, des parties génitales, du système pileux et/ou de la dentition doit être interdite* ».

Dans une déclaration en date du 20 novembre 2018, à l'occasion de l'anniversaire de la CIDE, la CNCDH a rappelé son opposition de principe aux tests osseux : « *A cet égard, les adolescents font trop souvent l'objet d'interrogatoires humiliants, voire de tests osseux peu fiables, dont la pratique est moins fréquente qu'auparavant, mais qui devraient être totalement bannis.* »

Dans un communiqué du 16 mars 2016, la Société française de pédiatrie a clairement pris position contre les tests osseux : "*il faut exclure tout recours à un examen médical, notamment aux tests d'âge osseux, pour établir l'âge civil des mineurs étrangers isolés.*"

Depuis plusieurs années, le Défenseur des droits s'oppose de façon constante à l'utilisation de ces examens médicaux en demandant qu'il « soit mis un terme définitif à la réalisation d'examens médicaux aux fins de détermination de l'âge des jeunes migrants ».

Dans sa décision MDE – 2012 – 179 du 19 décembre 2012, le Défenseur des droits a énoncé les recommandations suivantes :

- *Recommandation n°2*

Le Défenseur des droits recommande que l'appréciation de l'authenticité des documents d'état civil dont peut être détenteur un mineur isolé soit établie conformément aux prescriptions fixées par l'article 47 du Code civil et que celui-ci bénéficie pleinement des garanties procédurales s'attachant à la contestation de cette authenticité.

- *Recommandation n° 3*

Le Défenseur des droits recommande que les tests d'âge osseux, compte-tenu de leur fiabilité déficiente eu égard à d'importantes marges d'erreur, ne puissent à eux seuls servir de fondement à la détermination de l'âge du mineur isolé étranger. Les résultats de tels examens ne doivent constituer qu'un élément d'appréciation parmi d'autres à la disposition du juge des enfants. A défaut, le Défenseur des droits recommande qu'une disposition légale soit adoptée, prévoyant que le doute doit systématiquement profiter au jeune et emporter la présomption de sa minorité.

- *Recommandation n° 4*

Le Défenseur des droits recommande que ce processus d'évaluation soit guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant et soit mené de manière bienveillante, par des professionnels qualifiés, assistants de service social ou éducateur spécialisés ayant reçu une formation complémentaire à la problématique des mineurs isolés étrangers et maîtrisant les techniques d'entretien adaptées à l'âge, au sexe de l'enfant, en présence, dès que cela s'avère nécessaire, d'un interprète.

Le Défenseur des droits a réitéré cette opposition dans plusieurs décisions (MDE-2016-052 du 26 février 2016 ; MDE-19 décembre 2012 ; MDE-2016-265 du 14 octobre 2016 ; MDE-17/10 du 11 octobre 2017).

Dans une décision du 23 février 2016, le Comité des droits de l'enfant déclare être préoccupé par :

a) *La situation des enfants migrants non accompagnés qui sont automatiquement placés dans les zones d'attente des aéroports, à l'hôtel et dans d'autres locaux de rétention administrative, parfois avec des adultes, ainsi que les informations indiquant que ces enfants seraient renvoyés avant même d'avoir parlé à un administrateur ad hoc ;*

b) *La dépendance excessive vis-à-vis des tests osseux pour déterminer l'âge des enfants et les cas dans lesquels le consentement de l'enfant n'a, dans la pratique, pas été demandé.*

74. *Le Comité recommande à l'État partie d'allouer suffisamment de ressources humaines, techniques et financières, sur l'ensemble des territoires sous sa juridiction, à l'appui spécialisé adapté aux enfants, à la protection, à la représentation juridique, à l'assistance sociale et à la formation académique et professionnelle des enfants migrants non accompagnés, et de renforcer les capacités des responsables de l'application des lois à cet égard. Il recommande également à l'État partie :*

a) *D'adopter les mesures nécessaires, notamment des mesures juridiques, pour éviter le placement d'enfants en rétention dans les zones d'attente, en redoublant d'efforts pour trouver des solutions adéquates de substitution à la privation de liberté et pour assurer aux enfants un hébergement adapté, et de respecter pleinement les obligations de non-refoulement ;*

b) *De mettre un terme à l'utilisation des tests osseux en tant que principale méthode de détermination de l'âge des enfants et de privilégier d'autres méthodes qui se sont avérées plus précises.*

Dans une décision du 24 janvier 2018, rendue publique le 15 juin 2018, le Comité européen des droits sociaux constate la violation de l'article 17 de la Charte sociale européenne par la France du droit des mineurs étrangers non accompagnés en France sur plusieurs aspects, dont le recours aux tests osseux considérés comme inadapté et inefficace.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 26 septembre 2018 une résolution rappelant la violation par la France de l'article 17 de la Charte sociale européenne qui protège le droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique.

Malgré cette forte opposition émanant des plus hautes autorités en France et en Europe, les tests osseux continuent à être utilisés massivement en France en violation des droits des mineurs isolés étrangers alors que d'autres Etats européens les ont abandonnés.

*** Malgré les marges d'erreur et l'absence de fiabilité des tests osseux, ils sont ordonnés de manière systématique dans des conditions très différentes sur le territoire national sans aucune garantie procédurale**

Le Défenseur des droits a déploré à plusieurs reprises **l'absence de protocole national** de sorte que l'on constate de très fortes disparités dans les pratiques judiciaires et médicales en l'absence de procédure uniformisée pour déterminer l'âge des mineurs étrangers isolés (décision n° 2018-125 du 6 avril 2018 et décision n° 2018-296 du 3 décembre 2018).

En Europe, seules la France et l'Italie n'ont pas de protocole national.

A titre d'illustrations des pratiques différentes d'un département à l'autre, la concluante verse aux débats des exemples de tests osseux, des réquisitions et des décisions de fin de prise en charge.

Les disparités suivantes peuvent être constatées :

- L'existence ou non de protocoles
- Les conditions de recueil du consentement des jeunes. Dans de nombreux cas, les tests osseux ne comportent aucune mention concernant le recueil du consentement. La présence d'un référent de l'ASE est parfois mentionnée.
- La tenue ou non d'un entretien avec le jeune
- La présence ou non d'un interprète
- La teneur des informations données par le médecin en vue d'un consentement libre et éclairé
- Les questions et précautions préalables (état de grossesse / maladies / traitement...)

- Le lieu où les tests osseux se déroulent : cabinet de radiologie privés / instituts médico-légaux / présence ou non de médecins légistes dans les unités médico-légales / présence ou non d'endocrinologue
- Les garanties en termes de formation des médecins
- La double lecture ou non par un radiologue / endocrinologue / médecin légiste
- Le recours à un ou plusieurs types d'examen clinique et/ou radiographies du poignet, de la clavicule, des dents
- Certains médecins continuent à procéder à des examens pubertaires alors qu'ils sont proscrits par le dernier alinéa de l'article 388 du code civil / d'autres contournent cette interdiction en posant des questions très intimes au jeune sur sa pilosité
- La présence ou non de marges d'erreur pour chaque test ou globalement
- Les précautions d'usage ou non dans la rédaction des conclusions (marge d'erreur, compatibilité ou non avec l'âge allégué, facteurs de variabilité précisés...)

Dans le cadre des observations devant la Cour de cassation, le Défenseur des droits a regretté ces très fortes disparités qui constituent des dysfonctionnements inacceptables rendus possibles par la loi contestée.

Le Défenseur des droits notait également que les résultats des examens osseux pouvaient être affectés par les erreurs de lecture des médecins (ce qui est confirmé par le compte-rendu de la réunion qui s'est tenue à INFOMIE le 30 septembre 2016).

Enfin, dans la grande majorité des cas, les conclusions prétendent évaluer un « âge civil », alors qu'elles ne devraient indiquer qu'un âge de maturation physiologique (telles que préconisées par le HCSP)

(Décisions n°2016-084 et n°2016-088, décision n°2017-158)

Les marges d'erreur ont des effets d'autant plus délétères qu'il s'agit d'apprécier l'âge d'une personne à quelques mois ou quelques années près (la plupart des jeunes viennent alors qu'ils sont âgés de 16-17 ans). Compte tenu de la marge d'erreur de ces tests osseux, aucune méthode scientifique ne peut apporter de réponse fiable et déterminante de sorte qu'ils auraient dû être proscrits par le législateur.

En raison de leurs disparités et des nombreuses erreurs constatées, associées à l'absence de fiabilité et aux importantes marges d'erreur des tests, ces pratiques constituent manifestement une violation disproportionnée au droit à la protection de l'intérêt de l'enfant.

*** Les tests osseux sont un élément déterminant de la décision du parquet ou du Juge avec des conséquences gravissimes pour l'avenir du jeune qui en est l'objet**

La méconnaissance de la protection de l'intérêt de l'enfant est d'autant plus grave que l'examen radiologique osseux constitue l'élément central du dossier que ce soit dans les procédures civiles, administratives ou pénales.

Alors que les résultats de tels examens ne devraient constituer *qu'un élément d'appréciation parmi d'autres*, force est de constater en pratique que les autorités ont tendance à faire prévaloir les conclusions des tests sur tous les autres éléments du dossier.

Si le Juge n'est pas lié par les constats ou conclusions d'un expert en vertu de l'article 246 du Code de procédure civile, il n'en reste pas moins que n'étant pas médecin, il est enclin à s'appuyer sur cette « expertise » en raison de son caractère prétendument scientifique.

C'est donc sur la base de faux-semblants que les autorités publiques, qu'elles soient administratives ou judiciaires, sont amenées à fonder une décision aussi lourde de conséquence pour un jeune que le refus d'accès à la protection de l'enfance ou une décision de privation de liberté (garde à vue / emprisonnement dans le régime des majeurs), une obligation de quitter le territoire français, un placement en rétention ou une convocation devant le Tribunal correctionnel.

Les conséquences de ces décisions, prises sur la base des tests osseux, sont dramatiques pour les jeunes qui se trouvent exclus de tout dispositif d'accueil, d'hébergement et d'aide. Ils sont alors à la rue, avec le plus souvent des problématiques graves de santé, en proie à des trafics et des risques pour leur sécurité.

L'atteinte à la protection de l'enfance, en raison de la portée de ces tests osseux, est incontestable. Cette situation est aggravée par l'absence de recours suspensif devant le Juge des enfants à l'encontre de la décision de refus de prise en charge. Dans cette hypothèse, le jeune est contraint, dans l'attente de la décision du Juge des enfants, parfois pendant plusieurs mois, de dormir à la rue.

Ces tests, peu fiables et incapables de déterminer un âge, ont également pour effet d'écartier l'identité de la personne.

Lorsque les autorités font prévaloir un test osseux sur les actes d'état civil, cette situation a pour effet de nier les éléments les plus précieux de la personnalité de l'intéressé, à savoir ses nom et prénom, date et lieu de naissance.

Il arrive fréquemment que les actes d'état civil, parfaitement légalisés, et le passeport, dûment délivré par le consulat du pays en France, soient écartés au profit d'un test osseux si le jeune n'est pas en mesure d'expliquer les *conditions d'obtention* de ces documents.

Il est également fréquent que les *déclarations des jeunes* soient écartées au profit du test osseux en raison de prétendues incohérences dans le récit.

Dans son arrêt n°15-18-731 du 11 mai 2016, la Cour de cassation retient l'absence de force probante d'un acte de naissance « *en raison de l'incohérence de ses énonciations avec les déclarations de l'intéressé* ».

Cette situation est rendue possible par le fait que les évaluateurs ne prennent pas suffisamment en compte les conséquences du stress post-traumatique sur le jeune migrant.

Dans un arrêt du 30 juin 2016, la Cour d'appel de Douai a rappelé « *qu'au regard de leur parcours de vie traumatique et de leurs repères culturels, les repères temporels de certains mineurs isolés étrangers sont nécessairement fragiles* ».

Le professeur de pédo-psychiatrie, Thierry Baubet, explique que les troubles psychologiques, inhérents à un stress post-traumatique, peuvent rendre un discours incohérent (*Diagnostic and statistical manual of mental disorders* – DSM-).

Les jeunes migrants ont souvent vécu des exactions, des violences ethniques, des viols, des persécutions, des vies d'enfants soldats, des violences familiales dans leur pays, des bombardements, et toutes sortes de maltraitance au cours de leur parcours migratoire.

La probabilité d'une difficulté pathologique à s'exprimer clairement, de manière cohérente, en raison d'un stress post-traumatique, n'est jamais à exclure.

Les services sociaux et les juridictions n'appréhendent pas les mineurs non accompagnés avec prudence dans l'appréciation de leurs déclarations, en désignant au besoin des experts psychologues et psychiatres.

La mention contenue dans l'article 388 al 3 du Code civil selon laquelle « *les conclusions de ces examens radiologiques osseux doivent préciser la marge d'erreur et ne peuvent à elles-seules, permettre de déterminer si l'intéressé est mineur* » ne sont pas de nature à garantir le respect due de la protection de l'enfant.

Le fait de laisser une marge d'appréciation aussi large aux autorités administratives et judiciaires porte une atteinte disproportionnée à l'intérêt de l'enfant, dont la vulnérabilité doit indéniablement être prise en considération, en raison de son arrivée récente sur le territoire, de son jeune âge, de la précarité de sa situation et de son absence de maîtrise de la langue et de notre système juridique.

En prévoyant le recours à une expertise radiologique osseuse, reconnue par de nombreuses autorités comme non fiable scientifiquement, avec des marges d'erreur importantes, compte tenu des graves conséquences pour les intéressés, 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 combiné au respect de l'intégrité physique et au principe de précaution

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 ».

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) : elle est susceptibles d'être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-123 QPC).

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).

La concluante invoque également le respect **du principe constitutionnel de précaution** prévu à l'article 5 de la Charte de l'environnement, **selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque dans les domaines de l'environnement, de la santé ou de l'alimentation.**

Le droit à la santé, est protégé par le Conseil constitutionnel dans sa dimension individuelle et en ce qu'il assure la protection de la santé de la personne contre l'immixtion arbitraire du législateur. Si celui-ci dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire, tiré de la réserve de loi de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le Conseil constitutionnel a contribué, en revanche, à en limiter l'étendue (Décision 99-146 DC du 23 juillet 1999).

Dans le prolongement de la décision n°2015-458 QPC du 20 mars 2015, le Conseil constitutionnel constatera en l'espèce, sans favoriser une thèse médicale au profit d'une autre, que le législateur n'a pas suffisamment pris en compte l'état des connaissances et des techniques et « l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques » en autorisant les tests osseux.

Lors des débats parlementaires, la secrétaire d'Etat chargée de la famille, de l'enfance, des personnes âgées, et de l'autonomie a reconnu lors de la discussion en séance publique le 12 mai 2015 que cette question était « extrêmement sensible » et que la fiabilité scientifique des tests d'âge osseux était « discutée voire contestée ».

Cette connaissance par le législateur des doutes quant à la fiabilité scientifique des tests d'âge osseux devait nécessairement le conduire à la prudence en y renonçant en vertu de protection de la santé et du principe de précaution, eu égard aux conséquences gravissimes des tests osseux sur la vie des jeunes, aux risques d'erreur liées aux raisons précédemment exposées, ainsi qu'aux risques liés à l'exposition à des rayons ionisants.

Outre l'absence de fiabilité des examens radiologiques osseux, cette pratique pose d'importantes questions d'éthique médicale, en ce qu'elle ne répond à aucune indication thérapeutique 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.

C'est d'ailleurs ce que le Défenseur des droits a récemment rappelé devant le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (Décisions 2018-138 et 263).

Le Défenseur des droits a également présenté des observations en ce sens devant la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (décision n° 2017-205).

L'article 388 du code civil méconnaît les droits à la protection de la santé et au respect de l'intégrité physique garantis par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qu'il permet le recours à des examens non fiables qui comportent des risques d'irradiations, sans fin diagnostique ou thérapeutique.

*** L'exposition à des rayonnements ionisants sans finalité thérapeutique**

Les rayonnements ionisants ne peuvent être utilisés sur le corps humain qu'à des fins de diagnostic, de traitement ou de recherches biomédicales. Or, les jeunes migrants ne rentrent pas dans cette catégorie.

La radiologie osseuse entraîne une exposition ionisante à une jeune personne sans raison médicale.

La radiographie des poignets et de la clavicule est réalisée avec des rayons ionisants, potentiellement cancérigènes.

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 ».*

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 ».*

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.

*** La méconnaissance des prescriptions spéciales en matière d'expositions à des rayonnements ionisants**

Le législateur ne pouvait valablement prévoir des tests osseux à l'égard de jeunes personnes vulnérables, sans aucune finalité thérapeutique, sans respecter les dispositions de la directive Euratom 2013/53/Euratom du 5 décembre 2013 fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire contre les dangers résultant de l'exposition aux rayonnements ionisants.

Cette directive a abrogé les directives 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 96/29/Euratom, 97/43/Euratom et 2003/122/Euratom.

Il convient de préciser que la directive Euratom 97-43 avait fait l'objet d'une transposition par le décret n° 2003-270 du 24 mars 2003 relatif à la protection des personnes exposées à des rayonnements ionisants à des fins médicales et médico-légales et modifiant le code de la santé publique.

La directive Euratom 2013/53/Euratom du 5 décembre 2013 a été transposée par trois décrets du 4 juin 2018 dont le Décret n° 2018-434 du 4 juin 2018 portant diverses dispositions en matière nucléaire qui a modifié des dispositions du Code de la santé publique.

Ces dispositions s'appliquent aux personnes exposées aux rayonnements ionisants lors de procédures médico-légales.

Il résulte de l'article R1333-52 du Code de la Santé publique :

Préalablement à la demande et à la réalisation d'un acte, le médecin ou le chirurgien-dentiste vérifie qu'il est justifié en s'appuyant sur le guide ou les documents mentionnés à l'article [R. 1333-47](#). En cas de désaccord entre le demandeur et le réalisateur de l'acte, la décision appartient à ce dernier.

Il résulte de l'article R1333-53 du Code de la Santé publique :

Aucun acte exposant aux rayonnements ionisants ne peut être pratiqué sans un échange écrit préalable d'information clinique pertinente entre le demandeur et le réalisateur de l'acte. Le demandeur précise notamment :

1° Le motif ;

2° La finalité ;

3° Les circonstances de l'exposition envisagée, en particulier l'éventuel état de grossesse ;

4° Les examens ou actes antérieurement réalisés ;

5° Toute information nécessaire au respect du principe d'optimisation mentionné au 2° de l'article [L. 1333-2](#).

De l'article R1333-54 du Code de la Santé publique :

Le demandeur et le réalisateur d'un acte exposant aux rayonnements ionisants recherchent, lorsque cela est possible, les informations cliniques pertinentes antérieures. Ils prennent en compte ces informations pour éviter une exposition inutile.

Article R1333-56 du Code de la Santé publique :

Un acte utilisant les rayonnements ionisants chez une personne asymptomatique pour détecter de façon précoce une maladie peut être effectué soit dans le cadre d'un dépistage organisé de la maladie, soit après avoir fait l'objet d'une justification spécifique par le réalisateur de l'acte conjointement avec le demandeur de l'acte, en prenant en compte, le cas échéant, les recommandations de la Haute autorité de santé.

La personne est informée des avantages et des risques liés à cet acte.

« Sous-section 4

« Optimisation de l'exposition aux rayonnements ionisants dans un cadre médical

Article R. 1333-57 du Code de la Santé publique :

La mise en œuvre du principe d'optimisation mentionné au 2° de l'article L. 1333-2 tend à maintenir la dose de rayonnements ionisants au niveau le plus faible raisonnablement possible permettant d'obtenir l'information médicale recherchée ou d'atteindre l'objectif thérapeutique de l'exposition.

« L'optimisation est mise en œuvre lors du choix de l'équipement et lors de la réalisation de chaque acte. Elle inclut l'évaluation des doses de rayonnements ou de l'activité des substances radioactives administrées et l'établissement des procédures prévues par le système d'assurance de la qualité.

Article R. 1333-58 du Code de la Santé publique :

I. Lorsque l'exposition aux rayonnements ionisants concerne une femme en âge de procréer, le demandeur et le réalisateur de l'acte recherchent s'il existe un éventuel état de grossesse, sauf si cette recherche n'est pas pertinente pour l'exposition prévue.

II.-Pour les femmes en état de grossesse ou allaitante ou si l'éventualité d'une grossesse ne peut être exclue, l'évaluation de la justification de l'acte prend en compte l'urgence, l'exposition de la femme et de celle de l'enfant à naître. Quand l'acte est justifié, l'optimisation tient compte des doses délivrées à la femme en état de grossesse ou allaitante et à l'enfant à naître.

« Des conseils sont, le cas échéant, donnés à la femme pour suspendre l'allaitement pendant une durée adaptée à la nature des radionucléides utilisés notamment lors d'un acte de médecine nucléaire.

Article R. 1333-59 du Code de la Santé publique :

Des informations concernant la protection des femmes en état de grossesse ou allaitante sont fournies à celles-ci avant leur exposition éventuelle, notamment par voie d'affichage dans les locaux d'accueil et la salle d'attente.

Article R. 1333-60 du Code de la Santé publique :

Les équipements, les accessoires et les procédures permettent d'optimiser les doses délivrées aux enfants.

Article. 1333-66. du Code de la Santé publique :

Le réalisateur de l'acte indique dans son compte-rendu les informations au vu desquelles il a estimé l'acte justifié et les informations relatives à l'exposition du patient, notamment les procédures réalisées ainsi que toute information utile à l'estimation de la dose reçue par le patient.

Article R. 1333-67. du Code de la Santé publique :

L'exposition moyenne par modalité d'imagerie, par région anatomique, par âge et par sexe, de la population aux rayonnements ionisants liée aux actes de diagnostic médical est estimée et analysée périodiquement par l'Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire et fait l'objet d'un rapport public consultable sur le site internet de l'Institut.

« Sous-section 7

« Examen radiologique réalisé sans indication médicale

Article R. 1333-75. du Code de la Santé publique :

Les dispositions de la présente sous-section s'appliquent aux examens radiologiques réalisés chez des personnes ne présentant pas d'indication médicale justifiant un tel examen. Ces examens concernent notamment ceux réalisés à :

« 1° Titre de prévention, dans le cadre de la médecine du travail ou de la médecine sportive ;

« 2° Des fins de contrôle destiné à identifier des objets ou des produits stupéfiants dissimulés dans le corps humain.

« Ces examens ne peuvent être réalisés que par les professionnels de santé mentionnés au 1er alinéa du I de l'article R. 1333-68.

Article R. 1333-76. du Code de la Santé publique :

I.-Lorsqu'ils ont déjà fait l'objet d'une justification en application de l'article R. 1333-47, les examens radiologiques réalisés à titre préventif dans le cadre de la médecine du travail et de la médecine sportive prennent en compte, le cas échéant, les recommandations élaborées par la Haute autorité de santé.

II.-Après la justification mentionnée au I, les autres catégories d'examens font l'objet d'une autorisation délivrée par arrêté du ministre chargé de la santé.

« Ces arrêtés précisent en tant que de besoin les procédures de justification individuelle et d'optimisation renforcée des expositions et fixent, le cas échéant, une contrainte de dose à prendre en compte lors de l'examen.

Article R. 1333-77 du Code de la Santé publique :

Les examens radiologiques réalisés sans indication médicale sont réalisés avec des dispositifs médicaux conformes à l'article R. 1333-78, en suivant les procédures de justification individuelle et d'optimisation définies pour les expositions médicales.

La directive Euratom impose trois grands principes en matière de radioprotection :

- Le premier principe est le principe de **justification**. Il impose un document écrit, une confirmation par le médecin qu'il n'existe pas d'autres moyens moins iatrogènes pour répondre à la question et l'explication par le médecin au mineur de l'examen et de sa finalité (qui doit être une recherche de bénéfice pour le patient). En cas de refus par le patient, le médecin sera amené à rédiger un **rapport de carence**.

- Le deuxième principe rappelé est le principe **d'optimisation**. Il vise à ne pratiquer que les examens les plus adaptés à la demande judiciaire et au besoin à associer plusieurs examens afin d'améliorer la réponse à la question posée.

- Enfin, le principe de **limitation** fait référence à la nécessité d'établir des protocoles entre radiologues et médecins légistes afin d'optimiser le suivi et la comptabilisation des irradiations de la personne.

Il en ressort qu'une activité nucléaire ou une intervention ne peut être entreprise ou exercée que si elle est justifiée par les avantages qu'elle procure, notamment en matière sanitaire, sociale, économique ou scientifique, rapportée aux risques inhérents à l'exposition aux rayonnements ionisants auxquels elle est susceptible de soumettre les personnes.

Lorsqu'une exposition aux rayonnements ionisants à des fins médicales ne présente pas d'avantage médical direct, le médecin réalisant l'acte doit accorder une attention particulière à la justification et à l'optimisation de celui-ci en déterminant notamment une dose maximale de rayonnement.

Le mineur isolé étranger n'a aucun avantage sanitaire, social, économique ou scientifique à subir un examen ionisant.

On peut au contraire considérer qu'en l'absence de méthode de détermination fiable sur le plan scientifique et respectueuse de ses droits, insuffisances reconnues par le législateur lui-même en exigeant de préciser la marge d'erreur de l'examen, ces examens devraient être formellement proscrits.

Force est de constater que le législateur n'a pris aucune disposition pour que les prescriptions de la directive Euratom s'appliquent aux mineurs isolés étrangers.

La société française de radiologie en pédiatrie relève les éléments suivants :

« 1. Généralités

La directive 97/43 Euratom, dans son article 9, demande aux Etats membres d'accorder une attention particulière à un certain nombre de « pratiques spéciales », au premier rang desquelles figure l'exposition des enfants. Les équipements, les accessoires et les procédures doivent être spécialement adaptés au domaine de la pédiatrie. Ceci est motivé par les différences importantes entre patients adultes et enfants du point de vue de la sensibilité aux rayonnements ionisants et des risques potentiels encourus.

L'irradiation de l'enfant : un risque réel

En raison de leur plus grande espérance de vie, et de leur plus grande sensibilité aux rayonnements, les enfants présentent un risque accru de voir se manifester tardivement l'effet délétère des radiations ionisantes.

Le risque des radiations (cf. les données de l'UNSCEAR) dépend en effet fortement de l'âge auquel l'exposition a eu lieu. Le risque de leucémie, le risque de tumeur augmentent de façon significative lorsque l'exposition aux irradiations est survenue dans les dix premières années de la vie. Chez l'enfant, un accroissement significatif du risque

somatique individuel a pu être démontré pour des doses considérées comme faibles, en particulier lors de la réalisation itérative de radiographies de surveillance au cours de la croissance.

La radioprotection en pédiatrie : une histoire ancienne

Depuis une quinzaine d'années la Société Européenne de Radiopédiatrie travaille, sous l'égide de la C.E.E., à définir des règles de bonnes pratiques pour limiter au strict minimum l'irradiation des enfants lors d'explorations diagnostiques ou thérapeutiques.

Les travaux menés sur plusieurs années au sein du groupe " Lac Starnberg ", dans le domaine de la radiologie classique, ont permis de constater que d'un centre à un autre, y compris dans des milieux spécialisés correctement équipés, la réalisation d'un même cliché pour la recherche d'informations identiques entraîne une irradiation qui varie de façon considérable, souvent dans un rapport 1 à 10, voire 1 à 40 pour certains examens. Ces constatations ont amené le groupe de travail à proposer à chaque centre des conseils adaptés à ses pratiques et à éditer des règles plus générales visant à optimiser les paramètres en fonction de la qualité attendue. Ces recommandations, adoptées par la Commission Européenne, ont été publiées en 1996 dans le document EUR 16261 EN (European Guidelines on Quality Criteria for diagnostic Radiographic images in paediatrics), document qui a servi de base à la rédaction des procédures de radiologie conventionnelle proposées dans ce rapport.

Par contre, en tomodynamométrie pédiatrique, il n'existe pas de travaux de référence au niveau européen : les valeurs numériques des paramètres d'acquisition relatifs aux procédures présentées ont été établies à partir d'un sondage effectué en décembre 1999 et janvier 2000 auprès des membres de la SFIP responsables d'unités de scanographie pédiatriques.

1.2. Spécificités de la protection radiologique en pédiatrie

Les principes de base et les règles générales de la radioprotection des personnes exposées à des fins médicales sont les mêmes pour les adultes et les enfants. Toutes les recommandations énoncées dans les chapitres précédents, pour éviter de délivrer des doses inutiles tout en assurant la qualité d'image nécessaire à l'information diagnostique recherchée, sont donc valables pour la radiopédiatrie : on se contentera de revenir sur certaines d'entre elles qui demandent une application spéciale.

1.2.1. La justification et la limitation du nombre des actes

Le principe de justification doit être appliqué avec une rigueur toute particulière pour les enfants. Ce sujet n'entre pas dans le cadre de ce rapport mais on rappellera que la première préoccupation du radiopédiatre doit être de ne pas faire un examen irradiant s'il n'est pas indispensable.

La communication des éléments du dossier, la discussion avec les correspondants et la connaissance des substitutions possibles doivent faire envisager toutes les alternatives à l'irradiation. Le deuxième impératif est de se mettre dans les conditions de réussir l'examen dès la première acquisition. Sédation, anesthésie, contention, explications doivent être organisées. »

Il convient de rappeler à nouveau que le Royal College of Paediatrics and child health a formellement exprimé le 19 novembre 2007 son opposition à l'examen radiologique osseux compte tenu de l'exposition ionisante.

En outre, plusieurs études ont montré que ces tests ne sont pas dénués d'effets sur la santé des personnes (en termes de développement des leucémies).

Cette situation peut être aggravée par le fait qu'un même jeune peut être soumis à plusieurs tests osseux dans le cadre des réévaluations, pourtant illégales, lorsque le jeune est déplacé d'un département à l'autre en vertu de la clé de répartition nationale.

Le législateur n'a pris aucune disposition pour que les mineurs non accompagnés, qui se voient imposés un test osseux, puissent bénéficier des droits spécifiques prévus en la matière en termes de d'information, de consentement recueilli sous une forme écrite, de précaution quant à l'état de santé du jeune, de vérification des équipements et des doses et de formations des médecins.

Cette situation méconnaît le droit à la protection de la santé.

Cette situation est d'autant plus grave que l'irradiation est sans finalité thérapeutique, ce qui, au regard de la directive européenne Euratom, devraient entraîner des prescriptions très particulières.

*** Le consentement du mineur devrait être entouré de garanties**

L'article L.112-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles mentionne que dans tous les cas, l'enfant est associé aux décisions qui le concernent selon son degré de maturité. La convention internationale des droits de l'enfant prévoit aussi l'information de l'enfant et son consentement.

Les actes médicaux réalisés à l'occasion de l'expertise relèvent du Code de la santé publique qui impose la recherche systématique du consentement du mineur apte à exprimer sa volonté en vertu de l'article L 1111-4 du code de la santé publique.

L'article 107 du code de déontologie médicale (article R.4127-107 du code de la santé publique) dispose que « *Le médecin expert doit, avant d'entreprendre toute opération d'expertise, informer la personne qu'il doit examiner de sa mission et du cadre juridique dans lequel son avis est demandé.* »

Celui-ci a également le droit de recevoir une information dans une langue qu'il comprend et de participer à la prise de décision le concernant, d'une manière adaptée à son degré de maturité (article L. 1111-2 du code de la santé publique) ;

L'article 36 repris à l'article R.4127-36 du code de la santé publique dispose à cet effet que :

Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.

Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences.

Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité.

Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article 42.

Conformément à l'article 16-3 du code civil : *« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.*

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

Le patient a le droit d'accepter ou de refuser ce que le médecin préconise et non lui impose. Cette liberté du patient est une exigence éthique fondamentale, corollaire du devoir d'information énoncé à l'article précédent. L'information du patient est en effet la condition préalable de son consentement, conséquence qu'il tire de cette information (article 35) ;

Le patient doit en effet formuler son consentement après avoir reçu de la part du médecin, une information claire, compréhensible, adaptée à ses capacités de comprendre la nature des actes et prescriptions proposés, leur intérêt pour sa santé et les conséquences néfastes en cas de refus (article 35).

Les actes médicaux justifiant ce consentement doivent être entendus au sens large : en commençant par l'examen clinique habituel dont certains gestes peuvent être désagréables, comprenant des investigations complémentaires non-invasives ou non-sensibles.

Le médecin l'aide à réfléchir, lui apporte les explications qu'il souhaite, peut rectifier des erreurs d'appréciation, rappeler des données mal mémorisées. Le consentement ne représente pas tant une fin en soi que la marque d'une bonne compréhension de l'information et d'une relation de qualité avec le patient.

Le langage médical, même simplifié, nécessite de la part du patient une capacité de perception sensorielle, une capacité de compréhension de la langue française. Il sera nécessaire de s'assurer de la bonne compréhension auprès de patients ne maîtrisant pas le français.

L'article 388 du Code civil ne prévoit aucune modalité particulière en vue de recueillir le consentement du jeune conformément à ces dispositions combinées aux prescriptions spéciales celles du Code de la Santé publique en matière d'exposition à des rayonnements ionisants.

De plus, les actes médicaux pratiqués à l'occasion de l'expertise visant à déterminer l'âge d'un jeune devraient être autorisés par les titulaires de l'autorité parentale conformément aux dispositions de l'article 371-1 et 372 du code civil.

En l'absence d'urgence vitale ou de risque grave pour la santé du mineur, il n'y a aucune possibilité de se dispenser de leur autorisation, sauf à nommer un représentant légal ad hoc qui consentirait à cet examen qui soumet le jeune à une irradiation sans aucune finalité thérapeutique.

Une résolution du Conseil de l'Union européenne en date du 26 juin 1997 s'est clairement prononcée dans ce sens ;

En 2005, le Conseil national d'éthique a déploré que les examens médicaux *« sont (...) pratiqués en l'absence de consentement de la personne elle-même, ou d'un tuteur ou d'une personne de référence »*.

Dans son avis du 26 juin 2014, la CNCDH a constaté que le consentement du mineur ou de son représentant légal n'est toujours pas recueilli dans la majorité des instituts médico-légaux ou des unités médico-judiciaires et a demandé le strict respect des dispositions du code de la santé publique et du code civil.

Dans son rapport du 15 février 2018, la mission bipartite Etat/Départements avait d'ailleurs relevé cette nécessité du double consentement qui n'était pas respectée dans le cadre des tests osseux.

Enfin, le rapport intitulé « Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration » remis au Comité ad hoc pour les droits de l'enfant (CAHENF) en septembre 2017 présente une vue d'ensemble des principes, normes, et garanties relatifs aux droits de l'homme pertinentes pour les procédures de détermination de l'âge.

Il dresse un bilan des politiques, procédures et pratiques courantes de détermination de l'âge des enfants dans le contexte de la migration dans les États membres du Conseil de l'Europe. Le rapport, préparé par un expert indépendant, s'appuie sur une étude menée au printemps 2017 dans 37 États membres du Conseil de l'Europe.

Il en résulte clairement :

« 7. L'enfant a le droit d'être entendu, d'exprimer son opinion et de voir ses opinions prises en considération à tous les stades de la procédure. Une procédure de détermination de l'âge ne devrait pas être mise en oeuvre sans le consentement éclairé de l'enfant concerné et de son tuteur. » (...)

Consentement éclairé avant l'orientation vers une procédure de détermination de l'âge

« 86. Un enfant ne doit être orienté vers une procédure de détermination de l'âge qu'après que lui et son tuteur aient donné leur consentement éclairé à participer à la procédure.⁴⁶ Le droit de l'enfant d'être entendu et de voir ses opinions prises en considération dans les procédures judiciaires et administratives le concernant constitue un principe général en vertu de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (article 12).

87. Afin de donner son consentement éclairé et de participer à la procédure de détermination de l'âge, l'enfant doit avoir la possibilité de rechercher et de recevoir des informations sur la procédure elle-même et ses conséquences possibles. Les informations devraient être communiquées dans un langage et d'une manière que l'enfant comprend, de sorte à lui permettre de se forger une opinion et d'exprimer ses points de vue sur la procédure de détermination de l'âge. Les informations doivent être exactes et fiables. Elles doivent couvrir les procédés et les méthodes de détermination de l'âge, y compris les éventuels risques ou incidences au plan de la santé et les mesures prises pour réduire autant que possible ces risques. L'enfant doit savoir qui conduira la procédure de détermination de l'âge, le lieu de la procédure, qui l'accompagnera et lui apportera un soutien pendant la procédure, la durée de la procédure, la date à laquelle il sera informé du résultat de la procédure, et qui d'autre sera informé. Il doit en plus être informé des résultats possibles de l'évaluation et de leurs conséquences respectives. L'enfant doit être informé de son droit de refuser de participer à la procédure de détermination de l'âge, et des implications d'un tel refus. L'enfant doit par ailleurs être informé des garanties procédurales dans la procédure de détermination de l'âge, notamment le droit à une représentation juridique et le droit de recours.

88. L'enfant doit avoir la possibilité de réfléchir sur les informations reçues, et de consulter un parent, tuteur ou membre de la famille, une personne qui s'occupe de lui ou une autre personne de confiance, ainsi que le représentant légal qui l'assiste dans la procédure de détermination de l'âge. L'enfant doit avoir le temps de poser des questions sur la procédure et toute question y relative, et recevoir des réponses dans une langue qu'il comprend. L'enfant doit pouvoir exprimer ses opinions, notamment d'éventuelles questions en vue d'obtenir des éclaircissements, ses doutes ou ses préoccupations, et recevoir des informations complémentaires et des conseils, si nécessaire.

...

91. Le consentement éclairé donné par l'enfant et son tuteur ou parent ou représentant légal devrait être documenté de façon transparente, au moyen de preuves sur la manière dont l'enfant et son représentant légal ont été informés et dont le professionnel ou l'agent compétent s'est assuré que l'enfant a compris les informations. »

Il convient enfin de rappeler la nécessité, en vertu de l'article R 1333-53 du Code de la santé publique, de recueillir le consentement par écrit après avoir donné une information complète.

Or, le jeune n'est jamais correctement informé des tenants et des aboutissants de la procédure dont il est l'objet.

Il est prévenu au dernier moment par un éducateur ou un assistant social qu'il va être soumis à un test osseux, sans bénéficier d'aucune information préalable, ni la possibilité de poser des questions ou de réfléchir.

Les conditions et les exigences liées au recueil de l'accord du jeune ont été méconnues par le législateur, en ce qu'ils ne les a entourées d'aucune garantie.

Il ressort des pièces versées aux débats que dans de nombreux cas, l'accord du jeune n'est pas recueilli et que l'on ignore tout des informations données au jeune (teneur/délai de réflexion...).

Il est incontestable que l'accord n'est jamais recueilli par écrit contrairement aux dispositions du Code de la Santé publique (cf CA NANCY du 13/04/2018 n°17/00536 confirmé par la Cour de Cassation le 03/10/2018). Cette méconnaissance n'est pas sanctionnée par la jurisprudence en raison de l'imprécision de l'article 388 du Code civil.

En l'absence de précision concernant les informations fournies aux mineurs quant aux conséquences de l'acte sur leur état de santé, et d'exigence de recueil du consentement sous une forme écrite, en présence d'un représentant légal, sachant qu'il s'agit de tests non fiable comportant une marge d'erreur de plusieurs années, sans finalité thérapeutique, l'article 388 du Code civil est incompatible avec le respect des exigences constitutionnelles de protection de la santé, de principe de précaution et de respect de l'intégrité de la vie d'autrui, lesquelles doivent être appréciées avec d'autant plus de rigueur qu'elles s'appliquent à des personnes jeunes et vulnérables.

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

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^{er} 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.

Les examens radiologiques et cliniques osseux constituent une véritable ingérence dans la sphère intime des mineurs examinés.

Ces examens sont ressentis par tous les jeunes comme humiliants et dégradants.

Les témoignages recueillis par Médecins du Monde sont éloquentes à ce sujet.

Même si l'article 388 du code civil exclut désormais l'examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires, certains médecins ne connaissent pas ces dispositions et continuent à pratiquer de tels examens particulièrement traumatisants.

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 »

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 ».*

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.

Il ressort du rapport précité intitulé « *Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration* » :

« 8. Si un enfant refuse de se soumettre à une procédure de détermination de l'âge, l'autorité responsable de la détermination de l'âge devrait s'efforcer de comprendre les motifs de son refus. Un tel refus ne doit pas automatiquement entraîner une décision défavorable concernant l'âge de l'enfant ou son statut au regard de la législation sur l'immigration. (Page 5)

Le droit de refuser de se soumettre à une procédure de détermination de l'âge

102. La procédure de détermination de l'âge ne doit pas être imposée. Les personnes dont l'âge est contesté devraient pouvoir refuser leur consentement à participer à une procédure de détermination de l'âge. Ce droit procède directement du principe du consentement éclairé à la procédure. Le refus devrait être motivé, avec le soutien d'un représentant légal, par l'appréhension que la détermination de l'âge et/ou les méthodes utilisées aux fins de la détermination de l'âge aient un effet préjudiciable sur la santé physique ou mentale et le bien-être de l'enfant ou soient autrement en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant. 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.*⁵⁶

103. En cas de refus de participer à une procédure de détermination de l'âge, l'autorité compétente devrait examiner l'évaluation de l'intérêt supérieur qui a été réalisée avant la décision d'orienter l'enfant vers une telle procédure. Cet examen devrait impliquer une consultation de l'enfant et de son représentant légal afin d'entendre et de prendre en compte toute préoccupation relative à des effets préjudiciables des méthodes ou procédés de détermination de l'âge et l'intérêt supérieur de l'enfant. A la lumière de ces préoccupations, l'autorité compétente et l'enfant pourraient clarifier les éventuels incertitudes, malentendus ou questions en suspens qui n'ont pas été traités correctement antérieurement. L'autorité compétente pourrait réexaminer sa décision précédente ou proposer des méthodes d'évaluation différentes, de sorte à prévenir d'éventuels effets préjudiciables sur la santé physique ou mentale de l'enfant. Page 23 et 24) »

Il a été précédemment exposé que le consentement libre et éclairé, conforme à l'ensemble des prescriptions en la matière, sous une forme écrite, n'est pas garanti.

Par ailleurs, le droit de refuser le test osseux, qui est le corollaire du principe du consentement libre et éclairé, n'est pas protégé par le législateur.

Le législateur n'a prévu aucune disposition pour garantir l'exercice effectif de ces droits

Il résulte des tests osseux versés aux débats que dans de nombreux cas, le consentement du jeune n'est pas recueilli. En tout état de cause, il ne prend jamais une forme écrite, ce qui est pourtant obligatoire s'agissant d'une acte exposant à des radiations ionisantes.

Les jeunes se trouvent dans des situations de détresse accompagné de difficultés de compréhension de la langue. Dans ces conditions, le recueil de leur consentement est particulièrement sujet à caution d'autant que le droit français prévoit qu'un mineur soit toujours accompagné un représentant légal pour consentir à un acte médical.

En pratique, les jeunes se sentent obligés de faire ce test, comme ce fut d'ailleurs le cas pour le requérant.

Craignant que sa majorité soit déduite automatiquement de son refus de consentir à des examens radiographiques osseux, la personne n'a en réalité d'autre choix que de s'y soumettre.

La jurisprudence sanctionne régulièrement des refus de tests osseux en les interprétant comme des aveux de majorité.

En refusant les modalités d'évaluation, l'intéressé est présumé majeur (CE, 16 oct. 2017, n° 414872).

Dans un arrêt n° 13/09896 du 18 octobre 2013, la Cour d'Appel de Paris a déduit la majorité d'un jeune de son refus initial de se soumettre au test.

Il en est de même de la Cour d'Appel de NANCY qui a refusé de tenir compte des actes de naissance pourtant légalisés en interprétant le refus de se soumettre aux tests osseux comme une reconnaissance de majorité et en faisant prévaloir l'apparence physique du jeune et les prétendues incohérences de son récit (arrêt 18/00754 du 19/10/2018).

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 la majorité de la personne du refus de se soumettre aux examens osseux, 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

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 ».

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

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).

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).

* Les examens médicaux constituent indéniablement une ingérence dans la vie privée en ce qu'ils impliquent la divulgation d'informations à caractère médical sans aucune garantie ni protection adéquate.

La divulgation d'éléments à caractère médical devrait demeurer dans la sphère médical, ce qui n'est pas le cas concernant de tels tests.

Ces éléments sont portés à la connaissance de nombreuses personnes (les éducateurs, les agents du Conseil départemental, les personnels de greffe, les agents de préfecture, les magistrats...).

La divulgation de ces données médicales ne fait jamais l'objet d'aucun accord spécifique de la personne propriétaire de ces données.

Le recours aux examens radiographiques osseux aboutit à la divulgation de données médicales sur les mineurs isolés concernés, sans leur consentement.

* Par ailleurs, le droit à l'identité de l'enfant n'est manifestement pas respecté.

En tant que droit fondamental, le droit à l'identité, en ce qu'il est compris dans le droit au respect de la vie privée, devrait être protégé de manière particulière.

Il devrait prévaloir sur des données aussi peu fiables qu'un test osseux.

L'article 8 alinéa 2 de la Convention internationale des droits de l'enfant prévoit : « *Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriée pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible* ».

Il résulte de la circulaire IGREC n°273-1 qu'un "*intérêt public s'attache à ce que toute personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger, possède une nationalité étrangère soit pourvue d'un état civil*"

L'autorité judiciaire ne saurait remettre valablement en cause l'état civil d'une personne sans disposer d'aucune donnée objective permettant de nier les éléments les plus fondamentaux de son identité constitués par ses prénom, nom, date et lieu de naissance.

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

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.

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

5/ La méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de précision de la loi combinée au principe d'égalité

Le Conseil constitutionnel a déduit de l'article 34 de la constitution 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, ce qui constitue une «*incompétence négative* ».

Le législateur ne respecte pas 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).

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.

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.

Ce principe peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 28 mai 2010, décision n° 2010-1 QPC).

Dans sa décision du 3 décembre 2018 (n° 2018-296, p. 7), le Défenseur des droits constate 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* ».

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 mars 2016 et de l'article 388 du code civil modifié, le Défenseur des droits a eu à connaître de nombreuses réclamations au travers desquelles il a pu observer la manière dont la nouvelle législation était appliquée.

A partir de ces constats, il considère qu'en inscrivant dans la loi le recours aux examens radiologiques osseux, le législateur a non seulement violé les droits constitutionnels de protection de l'enfant, mais qu'il les a également privés de garanties légales.

L'article 388 du code civil dispose, en ses alinéas 2 et 3, que « les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables ou 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 ».

Outre les difficultés relatives au recueil du consentement, le Défenseur des droits constate au travers des situations dont il est saisi, que la temporalité prévue par l'article 388 du code civil, à savoir que les examens radiologiques osseux ne peuvent être ordonnés qu'en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, n'est pas respectée.

Il relève que dans certains ressorts, le recours aux examens radiologiques osseux n'est ni exceptionnel ni subsidiaire, mais devient la norme et est quasiment systématique.

1/ Sur la condition selon laquelle l'âge allégué par la personne « n'est pas vraisemblable »

Il convient de relever de manière liminaire la qualité très hétérogène des évaluations socio-éducatives, ce qui a pour conséquence un recours croissant aux examens radiologiques osseux.

Les évaluations ne sont pas toujours réellement pluridisciplinaires, ni réalisées par des professionnels dûment formés.

Le Défenseur des droits a été saisi de situations de jeunes gens se disant mineurs ayant fait l'objet de pré-entretiens à l'issue desquelles ils ont été évalués « manifestement majeurs » avec sortie immédiate du dispositif d'accueil.

Sans pouvoir bénéficier d'une mise à l'abri pourtant prévue par les articles L.223-2 et R.221.11 du code de l'action sociale et des familles, les jeunes migrants subissent ces pré-entretiens le jour même de leur arrivée sans avoir pu se reposer, se restaurer, ni même avoir pu bénéficier d'un examen de santé.

Ces entretiens expéditifs ne permettent pas d'établir une évaluation sérieuse, ce qui conduit les magistrats à ordonner un examen radiologique osseux faute de disposer d'éléments d'informations suffisants pour lui permettre d'apprécier la situation de l'intéressé.

Saisi de la situation de deux jeunes gens considérés majeurs au terme d'une évaluation socio-éducative lacunaire, le Défenseur des droits a récemment présenté des observations devant une cour d'appel (décision 2018-178)

La cour a, par arrêt avant-dire droit, ordonné *simultanément* une expertise documentaire et un examen d'âge osseux alors que les conditions de l'article 388 n'étaient pas remplies.

Le Défenseur des droits a également été saisi d'une situation où un examen d'âge osseux aux fins de détermination de l'âge a été décidé par le juge des enfants, alors que l'évaluation socio-éducative de minorité concluait à la compatibilité de l'âge de l'enfant avec l'âge allégué (2017-248 et 2018-264).

Enfin, dans plusieurs départements recevant des mineurs dans le cadre de la clé de répartition nationale, il est systématiquement recouru à un nouvel examen osseux, sur réquisitions du parquet, alors que les mêmes personnes ont déjà été évaluées mineures dans le premier département.

2/ Sur la condition tenant à « l'absence de documents d'identité valables »

Sur la condition d'absence de documents d'identité valables, le Défenseur des droits constate que certaines juridictions ordonnent systématiquement un examen d'âge osseux, quelle que soit la validité des documents d'état civil produits (MDE 2016-088).

Dans de nombreuses situations, un examen d'âge osseux a été décidé alors que l'expertise documentaire était positive (Décisions n° MDE-2016-046 ; MDE-2016-092 ; MDE-2016-093).

Enfin, le constat est également fait de l'hétérogénéité de la qualité des analyses des documents sur le territoire national.

Dans une note produite dans le cadre de la mission bipartite en février 2018, le Défenseur des droits constate les disparités d'analyses documentaires dans les réclamations qui lui sont soumises sur l'ensemble du territoire et déplore le peu d'harmonisation des comptes rendus des services de fraude documentaire sur la fiabilité des actes analysés.

Ces disparités quant à l'interprétation notamment de la notion d'avis favorable ou défavorable concernant des actes d'état civil jugés authentiques, quant à la notion de certificats de nationalité au regard de l'état civil d'un Etat étranger, et quant aux appréciations portées sur les modalités d'obtention des actes, ne peuvent qu'accroître les incertitudes juridiques quant à l'interprétation de la notion de « documents d'identité valables » retenue par l'article 388 du code civil.

A titre d'exemple, on peut relever dans une analyse documentaire la remise en cause de l'authenticité d'un passeport du fait de l'absence de visa y figurant. A la suite de cette analyse erronée du document d'identité produit, le juge des enfants a sollicité un examen radiologique osseux du mineur.

Enfin, des juridictions peuvent ordonner en même temps une expertise documentaire et un examen d'âge osseux de façon dans la même décision. Ainsi, alors que les documents d'identité fournis par le jeune n'ont fait l'objet d'aucune analyse des services de fraude documentaire, un examen d'âge osseux est ordonné en parallèle. Cet examen n'intervient donc pas à titre subsidiaire, contrairement à ce qui est prévu par les textes. (Décision n°2017-329 et arrêt de la cour d'appel de Dijon du 26/12/2017 - RG. 17/01228)

Par ailleurs, certaines juridictions considèrent qu'un acte d'état civil dépourvu de photographie ne constitue pas un document d'identité valable au sens de l'article 388 du code civil, n'étant pas rattachable à la personne.

Or, aux termes de l'article 47 du code civil, « 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 ».

La présomption d'authenticité des actes d'état civil étrangers produits par les jeunes migrants n'est pas respectée de manière rigoureuse.

La charge de la preuve, en cas de contestation relative à un acte d'état civil étranger, repose en théorie sur la partie qui conteste la validité de l'acte.

La procédure de vérification des actes d'état civil étrangers, qui suppose la saisine des autorités locales, n'est pas respectée, le recours aux tests radiologiques osseux étant privilégié sur les démarches plus longues.

Le Défenseur des droits constate régulièrement que prévaut, au détriment du mineur, une présomption de non-authenticité des actes produits.

Il relève également avoir été saisi d'une situation dans laquelle un examen d'âge osseux a été ordonné par le juge des enfants alors même que l'évaluation socio-éducative concluait à la compatibilité de l'âge allégué et que l'expertise documentaire était positive.

Ainsi, eu égard à l'ensemble de ces éléments, l'imprécision de l'article 388 du Code civil et les pratiques auxquelles celle-ci conduit constituent une violation des droits constitutionnels de la protection de l'intérêt de l'enfant, notamment de ses droits à la dignité, à l'égalité, et au respect de son intérêt supérieur.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, les examens radiologiques osseux et le dispositif prévu par le législateur à l'article 388 du code civil constituent une violation des droits de l'enfant constitutionnellement garantis.

* Enfin, l'imprécision de la loi entraîne une violation des droits constitutionnellement protégés en ce que le mineur ne peut invoquer les dispositions relatives aux expertises telles que prévues dans les Codes de procédure civile, de Justice administrative ou de procédure pénale.

Aucune des garanties procédurales en matière d'expertise ne peut être mise en œuvre en vue de solliciter la convocation de l'avocat avec le mineur, la présence d'un interprète, la possibilité de présenter des dires, des demandes de contre-expertise ou d'expertise complémentaire. Il est également impossible d'obtenir les éléments sur lesquels le médecin s'est basé pour aboutir à sa conclusion.

Le principe du contradictoire, qui s'impose pourtant en matière d'expertise, n'est jamais respecté en raison de l'imprécision de la loi (cf CA NANCY du 13/04/2018 n°17/00536 confirmé par la Cour de Cassation le 03/10/2018).

* Par ailleurs, le principe selon lequel le doute doit profiter à l'intéressé n'est pas protégé en raison de l'imprécision de la loi.

Ce principe pivot, sur lequel repose la prise en charge des mineurs isolés étrangers, n'est pas sanctuarisé par le législateur qui n'a pas pris soin de l'assortir de garanties effectives.

Or, il s'agit d'un principe essentiel auquel le législateur devait accorder une attention particulière en lui assurant une effectivité.

Il a été rappelé par plusieurs autorités :

Avis de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national du 26 juin 2014 - **Recommandation n°1** : "*La CNCDH recommande, 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.*"

Avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé du 23 janvier 2014 - Haut Conseil de la Santé Publique : « *Le bénéfice du doute sur la majorité doit toujours profiter au jeune.* »

Décision n° MDE/ 2012-179 du Défenseur des Droits en date du 19 décembre 2012, Recommandation n°3 : « *Le Défenseur des droits recommande qu'une disposition légale soit adoptée, prévoyant que le doute doit systématiquement profiter au jeune et emporter la présomption de sa minorité* »

Résolution 1810 (2011) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe « *Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe* » : « *Si la minorité de l'intéressé reste incertaine, celui-ci devrait avoir le bénéfice du doute* »

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, 2010 : « *Les mesures de sauvegarde attachées à l'évaluation de l'âge doivent garantir [...], que le bénéfice du doute soit accordé à l'enfant* »

Conseil des droits de l'homme, Rapport du rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, 2009 : « *Les États devraient également envisager d'accorder le bénéfice du doute aux personnes faisant l'objet des dites procédures de détermination de l'âge* »

Comité exécutif du Haut Commissariat pour les Réfugiés, Conclusion sur les enfants dans les situations à risque n°107 (LVIII) - 2007 : « *Assurer que les évaluations concernant l'âge ne sont effectuées que dans les cas où l'âge d'un enfant est douteux, qu'elles tiennent compte de l'apparence physique et de la maturité psychologique de l'individu, qu'elles sont effectuées de façon scientifique, sûre, juste et dans le strict respect de l'enfant et de son genre et de la dignité humaine et, qu'en cas d'incertitude, elles considèrent la personne comme un enfant ;* »

Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale n°6 (2005) « *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine* » : « [...] *en cas d'incertitude persistante, le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé – qu'il convient de traiter comme un enfant si la possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur* »

Le Conseil censurera cette situation afin de garantir le principe selon lequel le doute doit profiter à celui qui se présente mineur.

oOo

L'imprécision de la loi entraîne une grande disparité de pratiques, ce qui est source d'insécurité juridique.

Les mineurs isolés étrangers qui demandent à bénéficier de la protection des autorités se trouvent dans des situations semblables.

Du fait de l'imprécision de la loi, elles subissent un traitement différent, sans qu'aucune différence objective de situation entre elles ne justifie cette inégalité de traitement.

Cette différence de traitement des mineurs isolés étrangers 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.

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, en n'assortissant pas les tests osseux des garanties procédurales prévues en matière d'expertise, en ne garantissant pas le principe selon lequel le doute doit profiter à celui qui se dit mineur, 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.

En conséquence, 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 droit au respect de l'intégrité physique, 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, 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.

Pour l'ensemble de ces raisons, il sera fait droit à la demande d'abrogation de l'article 388 du Code Civil.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire ou suppléer, au besoin même d'office,

- ADMETTRE l'intervention volontaire de l'association Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers (ADDE) ;
- ABROGER l'article 388 du Code Civil ;

Fait à NANCY le 14 janvier 2019

Brigitte JEANNOT, Avocat

BORDEREAU DE COMMUNICATION DE PIECES

- 1/ Statuts de l'ADDE
- 2/ Guide de détermination de l'âge – division des droits de l'enfant – Conseil de l'Europe septembre 2017
- 3/ Comité des droits de l'enfant – Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France du 23 février 2016
- 4/ Rapport du CNB 16/06/2017
- 5/ Décision du Défenseur des droits MDE-2018-296 du 03/12/2018
- 6/ Note Défenseur des droits à la mission bipartite 05/12/2017
- 7/ Décision du Défenseur des droits MDE – 2012 – 179 du 19 décembre 2012
- 8/ Décision du Défenseur des droits 11 octobre 2017
- 9/ Rapport DDD sur les droits fondamentaux en France en 2016
- 10/ Déclaration de la CNCDH 29/11/2018
- 11/ Avis de la CNCDH 26 juin 2014
- 12/ Comité des droits sociaux septembre 2018
- 13/ Avis du HCSP 23/01/2014
- 14/ Bulletin de l'Académie Comité Consultatif National d'Ethique – Avis n°88
- 15/ INFOMIE – GT jurisprudence 30/09/2016 les examens radiologiques osseux (Martrille)
- 16/ INFOMIE – note de synthèse avec : présentation des différents tests / arrêt CA Toulouse 14/12/2018 – non respect du contradictoire - arrêt CA VERSAILLES14/12/2018 – non respect du contradictoire)
- 17/ INFOMIE – exemples d'expertises – décisions parquet
- 18/ MENA en Belgique
- 19/ Note MDM
- 20/ DALLOZ le recours aux tests osseux, une légalisation toujours décriée
- 21/ rapport ENOC
- 22/ circulaires 31 mai 2013 et 2016
- 23/ article estimation de l'âge à des fins judiciaires 12/01/2016
- 24/ article Age estimation in undocumented migrant adolescents: Medical response to judicial authorities 2015
- 25/ "Quand les médecins se font juge : la détermination de l'âge des adolescents migrants » Patrick Chariot du 28/03/2011
- 26/ article Estimation de l'âge à des fins judiciaires. Pratiques actuelles en France - 2016
- 27/ article Skeletal age determination in adolescents involved in judicial procedures: from evidence-based principles to medical practice
- 28/ Note de ESPR Bone age for chronological age determination 18 sept 2018
- 29/ Care of unaccompanied children
- 30/ L'âge osseux et diagnostic des troubles de la croissance - Catherine Adamsbaum, Amir Aït-Ameur, Sm Benosman, G.Kalifa, C.André. (Encyclopédie médico-chirurgicale)
- 31/ La détermination de l'âge osseux chez les migrants n'est pas appropriée de Georg Friedrich Eich et de Valérie Schwitzgebel
- 32/ La détermination médico-légale de l'âge osseux d'un mineur : intérêt, justifications et limites - Vincent Hazebrouck
- 33/ Article MEDIAPART sur les enfants à la rue 02/10/2017
- 34/ Article Le monde 17/06/2017
- 35/ Article MEDIAPART sur les enfants à la rue 13/09/2017
- 36/ article MIE CREDOF 2014
- 37/ CA NANCY 18/00754 19/10/2018
- 38/ CA NANCY 17//00536 du 13/04//2018
- 39/ Cour de cassation 18-19-442 du 03/10/2018
- 40/ fiche pratiques Marne
- 41/ fiche tests osseux Meurthe et Moselle
- 42/ fiche pratiques Yonne
- 43/ fiche pratiques Ardennes