

Examens radiologiques osseux : quand le Conseil constitutionnel fait rimer absence de fiabilité avec conformité

A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019 (n°
2018-768 QPC)

Priscillia de Corson



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/6608>

DOI: 10.4000/revdh.6608

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Priscillia de Corson, « Examens radiologiques osseux : quand le Conseil constitutionnel fait rimer absence de fiabilité avec conformité », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 21 June 2019, connection on 23 June 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6608> ; DOI : 10.4000/revdh.6608

This text was automatically generated on 23 June 2019.

Tous droits réservés

Examens radiologiques osseux : quand le Conseil constitutionnel fait rimer absence de fiabilité avec conformité

A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 mars 2019 (n° 2018-768 QPC)

Priscillia de Corson

- 1 Les examens radiologiques d'âge osseux sont une pratique courante en France, notamment en vue de déterminer si des jeunes exilés, se déclarant mineurs et isolés, relèvent véritablement de la protection de l'enfance¹.
- 2 Certains pays, comme l'Angleterre, ont interdit le recours aux examens radiologiques osseux, et la récente question prioritaire de constitutionnalité dont a eu à connaître le Conseil constitutionnel visait à contraindre la France d'en faire autant. La solution retenue par le Conseil est plus nuancée, autorisant le recours à ces examens radiologiques tout en réaffirmant l'importance de les entourer de nombreuses garanties légales afin de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant.
- 3 Les faits sont les suivants :
- 4 En 2016, un jeune garçon originaire de la République de Guinée, est arrivé à Mâcon, où les services départementaux ont procédé à une évaluation sociale de sa situation pour vérifier s'il était, comme il l'alléguait, mineur et isolé. Il a présenté des documents d'état civil attestant qu'il était âgé de 15 ans et les évaluateurs ont jugé que « sa naïveté », « l'absence de stratégie dans son discours », son « attitude enfantine et vulnérable » et son « visage poupon » corroboraient ses dires, et ont donc recommandé sa prise en charge à l'aide sociale à l'enfance (ASE). L'autorité judiciaire, à la demande du président du conseil départemental, l'a confié à l'ASE, mais le jeu de la répartition nationale a résulté en un dessaisissement du parquet de Mâcon au profit du Parquet de Bourg-en-Bresse, dans l'Ain, où le mineur devait être placé.

- 5 L'évaluation initiale a été remise en cause dans ce département et une expertise osseuse en vue de la détermination de l'âge a été ordonnée, à laquelle le jeune a refusé de se soumettre. Saisi par le président du conseil départemental, le juge des enfants a ordonné la mainlevée de la mesure d'assistance éducative confiant le jeune au département de l'Ain, en estimant que son refus de se soumettre à l'expertise osseuse était de nature à remettre en question sa minorité. L'intéressé a fait appel de cette décision et s'est soumis au test osseux ordonné par la cour d'Appel, qui a confirmé la décision du juge des enfants. Le jeune s'est donc pourvu en cassation.
- 6 Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 décembre 2018 d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation² relative à la conformité à la Constitution de l'article 388 du Code civil, portant sur les examens radiologiques osseux³.
- 7 Cet article a été modifié par la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance qui a introduit les dispositions litigieuses relatives aux examens radiologiques⁴ :
- 8 *« 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.*
- 9 *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.⁵»*
- 10 La constitutionnalité de ces dispositions relatives aux examens radiologiques osseux a été contestée au motif que les dispositions en cause :
- méconnaissent l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant ;
 - sont entachées d'incompétence négative car elles ne définissent pas ce que sont des « documents d'identité valables » ;
 - méconnaissent le droit au respect de la vie privée en ne préservant pas suffisamment la réalité du consentement du mineur (en omettant d'interdire au juge de déduire l'absence de minorité du refus de se prêter aux expertises médicales) ;
 - méconnaissent le principe de sauvegarde de la dignité humaine ;
 - méconnaissent le principe de protection de la santé.
- 11 Dans une décision en date du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a jugé les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du Code civil conformes à la Constitution, validant ainsi le recours aux examens radiologiques osseux, tout en reconnaissant leur manque de fiabilité (1./). Il a veillé toutefois à préciser l'étendue des garanties légales qui entourent ces examens (2./). Enfin, le Conseil a affirmé avec force l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui ne saurait permettre que des personnes mineures soient « *indûment considérées comme majeures* » (3./).

1. La conformité des examens radiologiques osseux à la Constitution, malgré un manque de fiabilité avéré

- 12 De nombreuses autorités de santé⁶, autorités administratives indépendantes⁷, professionnels de santé, associations et syndicats professionnels se sont mobilisés de longue date pour contester le recours aux examens radiologiques osseux, dont l'utilisation à des fins de détermination de l'âge est critiquable. En effet, ils ont été conçus pour déterminer un âge osseux biologique et en aucun cas un âge chronologique et les

résultats qu'ils apportent présentent une importante marge d'erreur (de plus de 2 ans pour des adolescents entre 16 et 18 ans)⁸.

- 13 L'intégration de ce mode d'expertise judiciaire dans le Code civil, lors de l'adoption de la loi 2016-297 du 14 mars 2016, dite loi sur la protection de l'enfance, a fait couler beaucoup d'encre car elle a donné une base légale à une pratique largement contestée⁹.
- 14 La QPC introduite devant la Cour de cassation par le jeune requérant interrogeait la conformité de ce type d'expertise judiciaire à la Constitution.
- 15 Le requérant argumentait que les examens radiologiques osseux n'étaient pas fiables, et que leur utilisation dans le cadre d'une procédure de détermination de l'âge, dont l'enjeu est déterminant pour le mineur, était contraire à l'intérêt supérieur des enfants.
- 16 Le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause l'absence de fiabilité des examens radiologiques osseux et il reconnaît ¹⁰ que : « *en l'état des connaissances scientifiques, il est établi que les résultats de ce type d'examen peuvent comporter une marge d'erreur significative* ».
- 17 Faute d'existence d'un moyen de preuve indubitable de l'âge, le Conseil a probablement estimé utile d'ajouter un élément de plus au faisceau d'indices dont disposent les autorités judiciaires et administratives.
- 18 Il rappelle que leur utilisation est encadrée par le législateur qui a prévu que « *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.* ». Il précise ensuite qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier la minorité ou la majorité de (la personne) en prenant en compte les autres éléments ayant pu être recueillis.
- 19 Jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel, il n'était pas rare en pratique que les résultats des examens radiologiques osseux fassent référence à deux types de mesures (la radiographie du poignet et celle de la clavicule) et que la marge d'erreur ne soit, au mieux, mentionnée que pour l'un des deux résultats.
- 20 Le législateur avait souhaité limiter l'effet de ces expertises judiciaires en imposant qu'elles ne soient qu'un élément de preuve parmi d'autres. Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré cette approche. Il est à craindre que la valeur accordée à ces expertises reste donc malgré tout prépondérante. En effet, le cachet scientifique de telles expertises judiciaires donne, dans les faits, un poids prépondérant à ce type de preuve.
- 21 Le recours aux examens radiologiques osseux n'a pas été censuré, mais les juges constitutionnels ont apporté d'importants précisions aux garanties qui doivent accompagner cette pratique.

2. Une procédure encadrée par des garanties légales renforcées

- 22 Au-delà de l'exigence de mentionner la marge d'erreur et de se fonder sur un faisceau d'indices et non sur la seule expertise judiciaire, plusieurs garanties prévues à l'article 388 du Code civil encadrent le recours aux examens radiologiques osseux.
- 23 La pratique a montré que leur rédaction manquait de précision et donnait lieu à des interprétations divergentes, et qu'elles étaient même souvent simplement ignorées.
- 24 Dans sa décision du 21 mars 2019, le Conseil précise la teneur et la portée de certaines de ces garanties, et ce faisant réaffirme leur importance.

A) Le principe de subsidiarité du recours aux examens d'âge osseux et le rôle de l'autorité judiciaire dans le contrôle de cette subsidiarité

- 25 Tout d'abord, ces derniers ne peuvent être ordonnés qu'« *en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable* ». Ainsi si un jeune présente des documents d'identité valables, l'autorité judiciaire ne devrait pas ordonner d'examen d'âge osseux.
- 26 La décision du 21 mars 2019 ne précise pas la notion de « *documents d'identité valables* », ce que le Conseil constitutionnel n'a pas qualifié d'incompétence négative. Aucune référence explicite n'a été faite à l'article 47 du Code civil¹¹ dans la décision. En revanche, les juges précisent qu'« *il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du respect du caractère subsidiaire de cet examen.* »
- 27 Ainsi, cette dernière devrait refuser d'ordonner des examens radiologiques osseux s'il n'est pas établi que la personne se déclarant mineure est soit dépourvue de documents d'identité, soit possède des documents dont l'authenticité a été contestée (et ce, dans le respect des dispositions de l'article 47 du Code civil). Par ailleurs, l'autorité judiciaire devrait également s'assurer que l'âge allégué par la personne se déclarant mineure n'est pas vraisemblable, une telle appréciation étant toujours très subjective.

B) Le consentement de l'intéressé, et les conséquences du refus de se soumettre aux examens

- 28 L'article 388 du Code civil ne prévoit que le simple « *recueil de l'accord de l'intéressé* », sans plus de précisions et sans indication quant aux conséquences pour un jeune de refuser de se prêter à un examen radiologique osseux. Cette double imprécision du texte a eu pour effet de permettre la tenue d'examens sans que le mineur ne puisse réellement y consentir.
- 29 Le Conseil constitutionnel entend mettre fin à cette violation des droits des mineurs en exigeant d'une part que « *le consentement éclairé de l'intéressé soit recueilli* », et ce « *dans une langue qu'il comprend* ». Par ailleurs, le Conseil précise que « *la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen d'âge osseux.* »
- 30 Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé les garanties légales posées par l'article 388 du Code civil, déclare qu'il « *appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées* ».
- 31 Il faut certainement interpréter cette décision du Conseil comme exigeant des autorités tant administratives que judiciaires qu'un examen radiologique osseux qui ne satisferait pas à l'ensemble de ces exigences soit écarté de la procédure et ne soit donc pas pris en considération dans la détermination de la minorité.
- 32 Il aurait été préférable que le Conseil constitutionnel impose au législateur d'inscrire explicitement dans la loi la mise à l'écart d'une expertise réalisée en violation de ces garanties. A défaut, seule l'observation de la pratique va nous permettre de savoir si les garanties légales attachées aux examens radiologiques osseux seront mieux respectées suite à la décision du Conseil.

- 33 La dernière garantie, selon laquelle « *le doute profite à l'intéressé* », doit être lue en conjonction avec l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. La consécration d'une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant bénéficiant aux mineurs isolés étrangers

- 34 Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est clairement établi en droit international¹² et fait l'objet d'une jurisprudence étoffée de la Cour européenne des droits de l'homme¹³, qui affirme de manière constante que « *dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* ».
- 35 Sur le fondement des articles 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le Conseil constitutionnel a consacré une exigence constitutionnelle de conformité à l'intérêt de l'enfant, puis de protection de l'intérêt de l'enfant, qui s'appliquait jusqu'à présent dans le cadre familial¹⁴. La présente décision du 21 mars 2019 a opéré un nouveau glissement sémantique, faisant désormais référence à « *une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (qui reprend la terminologie en vigueur en droit international et devant la CEDH).
- 36 La décision du 21 mars 2019 est intéressante et novatrice en ce qu'elle affirme donc l'application de cette même exigence aux mineurs non accompagnés, et plus précisément à ceux dont l'âge est en question.
- 37 Ce faisant, le Conseil affirme l'importance que « *des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures* », et reconnaît la nécessité d'appliquer une présomption de minorité, afin d'éviter tout risque de priver une personne mineure des droits qui lui sont reconnus.
- 38 Une telle présomption est explicitement consacrée à l'article 388 du Code civil, mais devrait avoir une portée beaucoup plus générale. En effet, seul le respect de la présomption de minorité permettrait de protéger les droits des jeunes dont l'âge est en question. Une telle présomption est largement défendue par les instances internationales¹⁵ et est sous-jacente dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais peine à être appliquée en France.
- 39 Pierre après pierre, le Conseil constitutionnel renforce donc sa jurisprudence en la matière. Une question prioritaire de constitutionnalité pendante, qui porte sur la conformité à la constitution des dispositions de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit¹⁶, instituant la création d'un traitement automatisé des données relatives aux jeunes se déclarant mineurs non accompagnés, donnera au Conseil constitutionnel l'opportunité de préciser encore l'étendue de cette présomption de minorité.
- 40 Conseil Constitutionnel, 21 mars 2019, M. Adama S., Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019
- 41 *
- 42 Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH)

NOTES

1. Il existe deux types d'examens, souvent pratiqués cumulativement : la radiographie de la main et du poignet et la radiographie de la clavicule. Des examens dentaires peuvent également être pratiqués.

2. Arrêt n° 1242 du 21 décembre 2018, Première Chambre civile de la Cour de cassation.

3. Outre le requérant, la QPC a été soutenue par de nombreuses interventions volontaires présentées par 1) des associations GISTI, Cimade, Médecins du Monde, Association Nationale d'Assistance aux frontières pour les étrangers, Avocats sans Frontières France, le Secours Catholique, le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature, 2) l'association Avocats pour la Défense des droits des étrangers et enfin 3) la Ligue des droits de l'Homme.

4. L'article 388 du Code civil, avant sa modification par la loi 2016-297 du 14 mars 2016, ne contenait qu'un alinéa prévoyant que : « le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. »

5. La loi a également introduit ce 4ème alinéa : « 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. »

6. Voir par exemple l'avis du 23 janvier 2014 du Haut Conseil de la Santé Publique ; Avis de 2016 de la Société française de pédiatrie ; une déclaration européenne des professionnels de santé, signée le 9 novembre 2010 par l'ordre des médecins français a demandé que « *les actes médicaux réalisés non dans l'intérêt thérapeutique des patients mais dans le cadre des politiques d'immigration, soient bannis, en particulier les radiologies osseuses.* »

7. Avis du Défenseur des Droits n° 17-03 du 7 février 2017, avis n° 88 du Comité Consultatif National d'Éthique de 2005, selon lequel « *rien ne peut certifier qu'un adolescent n'a pas l'âge qu'il déclare alors même que sa maturation osseuse, sa puberté et / ou ses dents de sagesse indiqueraient le contraire.* »

8. Voir par exemple : Cf. CHAUMOÏTRE, COLAVOLPE, MARCIANO- CHAGNAUD, DUTOUR, BOETSCH, LEONETTI, PANUEL, Utilisation de l'atlas de Greulich et Pyle dans un but médico-légal : pertinence et limites, in : Journal de Radiologie, volume 88, no 10, octobre 2007, p. 1544 ; voir aussi JICRA 2005 no 16 consid. 2.3.

9. En ce sens, voir Défenseur des droits, rapport de mai 2016, « Les droits fondamentaux des étrangers en France », pp 264-265.

10. §7 de la Décision n° 2018-768 du 21 mars 2019.

11. Article 46 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.* »

12. Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, article 3, § 1.

13. Cour EDH, G.C. 6 juillet 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, Req. N° 41615/07, § 135.

14. 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.

15. Voir par exemple Comité des Droits de l'Enfant, 1^{er} septembre 2005, observation générale n°6, §31.
16. Créé par l'article 51 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.
-

ABSTRACTS

Dans une décision en date du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a jugé les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du Code civil conformes à la Constitution, validant ainsi le recours aux examens radiologiques osseux, tout en reconnaissant leur manque de fiabilité. Il a veillé toutefois à préciser l'étendue des garanties légales qui entourent ces examens. Enfin, le Conseil a affirmé avec force l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui ne saurait permettre que des personnes mineures soient « *indûment considérées comme majeures* ».

AUTHOR

PRISCILLIA DE CORSON

Doctorante en droit public à l'Université Paris II – Assas, Chargée de plaidoyer à Médecins Sans Frontières