



## Commentaire

### Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019

*M. Adama S.*

*(Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 décembre 2018 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1242 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Adama S. portant sur l'article 388 du code civil.

Dans sa décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance.

Dans cette affaire, M. François Pillet a estimé devoir s'abstenir de siéger.

#### **I. – Les dispositions contestées**

##### **A. – Présentation des dispositions contestées**

Le premier alinéa de l'article 388 du code civil fixe à dix-huit ans l'âge de la majorité.

Les deux alinéas suivants encadrent le recours à des examens radiologiques osseux pour s'assurer de la minorité d'un individu et déterminent la valeur probatoire de ces examens. Le dernier alinéa interdit l'évaluation de l'âge fondé sur le développement pubertaire des caractères sexuels. Ces dernières dispositions ont vocation à s'appliquer dans tous les cas où il importe de savoir si une personne est majeure ou mineure. Par principe, ces dispositions ne sont pas utiles lorsqu'il est possible de déterminer l'âge d'une personne en prenant connaissance de son état civil.

En pratique, ces dispositions s'appliquent essentiellement pour déterminer l'âge des mineurs isolés étrangers (MIE), désormais appelés mineurs non accompagnés

(MNA)<sup>1</sup>, c'est-à-dire les ressortissants étrangers de moins de 18 ans qui se trouvent séparés de leurs représentants légaux sur le territoire français. La détermination de leur âge est nécessaire, principalement, pour l'application des règles relatives au séjour des étrangers et, corrélativement, à la prise en charge par l'aide sociale à l'enfance (ASE) au titre de la minorité. Elle est également indispensable, en cas de poursuite pénale, pour juger de l'applicabilité des règles de procédure pénale spécifiques aux mineurs (1). Depuis la loi du 14 mars 2016 précitée, le législateur a précisément encadré le recours aux examens osseux afin de déterminer l'âge d'une personne (2). Toutefois, ces examens demeurent largement contestés (3).

## **1. – Les enjeux liés à la détermination de la minorité**

\* La minorité entraîne des conséquences importantes au regard du droit des étrangers. En effet, l'article L. 311-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) limite l'exigence de disposer d'un titre de séjour aux personnes majeures. Les mineurs isolés étrangers ne sont donc soumis à aucune exigence relative à la régularité de leur entrée ou de leur séjour sur le territoire national et ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement.

\* En outre, s'ils remplissent les conditions de droit commun, ils peuvent bénéficier d'une prise en charge par l'ASE, chargée de mettre en œuvre la protection de l'enfance qui, aux termes de l'article L. 112-3 du code de l'action sociale et des familles (CASF), « vise à garantir la prise en compte des besoins fondamentaux de l'enfant, à soutenir son développement physique, affectif, intellectuel et social et à préserver sa santé, sa sécurité, sa moralité et son éducation, dans le respect de ses droits ». Le même article précise, à son cinquième alinéa, que cette protection « a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge ». Cette prise en charge est donc conditionnée à deux critères, la minorité et la situation de danger. Elle comprend l'hébergement du mineur, son accès aux soins, à l'éducation, à la formation professionnelle ou encore au soutien psychologique.

À sa majorité ou, s'il souhaite travailler, à ses seize ans, l'étranger bénéficie en outre de conditions spécifiques d'obtention d'un titre de séjour s'il a été pris en charge par

---

<sup>1</sup> Jusqu'au début de l'année 2016, la notion de mineur isolé étranger (MIE) était davantage utilisée. Le changement de terminologie opéré par les pouvoirs publics correspond d'une part à une volonté d'harmonisation lexicale avec la notion utilisée par le droit européen et d'autre part au souhait de mettre en avant l'isolement plutôt que l'extranéité des mineurs concernés.

l'ASE. Ainsi, un mineur étranger recueilli par l'ASE au plus tard à l'âge de seize ans bénéficie, dans les conditions prévues à l'article L. 313-11 du CESEDA, de la délivrance de plein droit de la carte de séjour temporaire portant la mention « *vie privée et familiale* ». Si l'admission à l'ASE a été réalisée entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, l'étranger peut, sur le fondement de l'article L. 313-15 du CESEDA, bénéficier d'une admission exceptionnelle au séjour et obtenir la délivrance d'un titre portant la mention « *salarié* » ou « *travailleur temporaire* » s'il justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle. Dans un cas comme dans l'autre, la condition prévue à l'article L. 313-2 du CESEDA relative à la production d'un visa de long séjour à l'occasion de la première demande de titre de séjour n'est pas exigée.

Enfin, un enfant qui a été recueilli par l'ASE pendant au moins trois années peut, jusqu'à sa majorité, bénéficier de l'acquisition de la nationalité française par déclaration de nationalité dans les conditions prévues à l'article 21-12 du code civil.

\* L'admission d'un mineur à l'ASE est décidée au terme d'une procédure comportant une phase administrative et une phase judiciaire. L'article L. 223-2 du CASF prévoit d'abord qu'en cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service, qui avise le procureur de la République. Si au terme d'un délai de cinq jours, l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou si le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord, le service saisit l'autorité judiciaire (article L. 223-2 précité, al. 4). Le juge des enfants ou le procureur de la République peuvent alors, sur le fondement de l'article 375-5 du code civil, prendre une ordonnance provisoire de placement. Le mineur peut par la suite être confié, notamment, à un service d'ASE.

Les conditions d'évaluation de la situation des personnes mineures non accompagnées sont précisées par l'article R. 221-11 du code de l'action sociale et des familles. Selon cet article, l'accueil provisoire de cinq jours doit permettre aux services du conseil départemental de procéder aux investigations nécessaires en vue d'évaluer la situation de la personne « *au regard notamment de ses déclarations sur son identité, son âge, sa famille d'origine, sa nationalité et son état d'isolement* ».

Cette évaluation, qui peut être réalisée par les services du conseil départemental ou, par délégation, par une structure associative, s'appuie essentiellement sur des entretiens conduits par des professionnels disposant d'une formation ou d'une expérience définie par un arrêté interministériel, avec le concours du préfet de département pour vérifier l'authenticité des documents d'identité détenus par la

personne et le concours de l'autorité judiciaire lorsque des examens radiologiques osseux apparaissent nécessaires à la détermination de son âge.

L'article R. 221-11 renvoie en outre à un référentiel national précisant les modalités de l'évaluation, qui a été fixé par un arrêté interministériel du 17 novembre 2016<sup>2</sup>. L'évaluateur doit analyser la cohérence des éléments recueillis au cours d'un ou de plusieurs entretiens. Ces éléments constituent un faisceau d'indices permettant d'apprécier la réalité de l'âge et de la situation d'isolement alléguée. Il est par ailleurs précisé que le président du conseil départemental veille à ce que les évaluateurs disposent de la formation ou de l'expérience nécessaire et veille au caractère pluridisciplinaire de l'évaluation. Au terme des entretiens, l'évaluateur rédige un rapport d'évaluation et rend un avis motivé quant à la minorité et à l'isolement de l'évalué en indiquant le cas échéant les doutes qui subsistent. Ce rapport et cet avis sont transmis au président du conseil départemental.

Sur la base de cet avis motivé et du rapport d'évaluation, le président du conseil départemental apprécie la nécessité d'une saisine de l'autorité judiciaire, soit aux fins d'assistance éducative, soit afin de solliciter la réalisation d'investigations complémentaires dans le respect des conditions posées à l'article 388 du code civil. C'est dans ce cadre que peut être demandée la réalisation d'examens radiologiques osseux.

\* Le recours à un examen osseux peut également être envisagé pour s'assurer de la minorité des enfants d'étrangers souhaitant bénéficier d'un regroupement familial sur le territoire national<sup>3</sup>.

\* Les mineurs non accompagnés peuvent également, comme tout autre mineur, être impliqués dans des affaires pénales. Dans le cadre de la procédure pénale, la question de la détermination de l'âge est un critère essentiel pour déterminer les règles applicables à la mesure de garde à vue, la compétence de la juridiction, les peines et les mesures applicables, ainsi que les garanties juridiques attachées à l'état de minorité.

Ainsi que l'indique une circulaire du ministère de la justice, dans une telle hypothèse, « *L'évaluation de la minorité de la personne se déclarant MNA n'entre donc pas*

---

<sup>2</sup> Arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

<sup>3</sup> Voir pour un exemple d'affaire dans lequel un tel examen aurait eu lieu : CEDH, 10 juil. 2014, *Mugenzi c. France* (requête n° 52701/09).

*dans le cadre du recueil de renseignements socio-éducatifs, ni dans celui de la mesure judiciaire d'investigation éducative (MJIE) »<sup>4</sup>.*

Aussi, lorsqu'un mineur est dépourvu de documents d'identité et que son âge n'a pas pu être évalué précédemment par le conseil départemental, la détermination de son âge relève du travail d'enquête classique et, dans ce cadre, il peut également être recouru aux examens osseux.

## **2. – Les dispositions encadrant le recours aux examens radiologiques osseux pour évaluer l'âge**

\* La possibilité de recourir à des examens osseux pour s'assurer de la minorité d'un individu a été introduite à l'article 388 du code civil par la loi du 14 mars 2016 précitée. Cette question a donné lieu à un débat parlementaire nourri, au cours duquel se sont opposés les partisans de l'interdiction du recours aux examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge d'un individu et les parlementaires favorables à un plus strict encadrement de ces examens.

En effet, avant la loi de 2016, les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge étaient pratiqués sans fondement législatif et leur encadrement résultait essentiellement de la circulaire du garde des sceaux du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers. Celle-ci prévoyait que *« L'évaluation de la minorité s'appuie sur la combinaison d'un faisceau d'indices : – entretiens conduits avec le jeune par un personnel qualifié dans le cadre d'une approche pluridisciplinaire : [...] / – vérification de l'authenticité des documents d'état civil qu'il détient sur le fondement de l'article 47 du code civil , [...] / – si le doute persiste au terme de cette étape et seulement dans ce cas, il peut être procédé à une expertise médicale de l'âge sur réquisitions du parquet »*.

\* Cette situation suscitait de nombreuses critiques. Ainsi, le rapport de Mme Annie Le Houerou, rapporteure de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale lors de l'examen de la proposition de loi relative à la protection de l'enfant, soulignait que *« le recours aux "tests osseux" pour déterminer la minorité d'un individu pose [...] de multiples problèmes »* et que dès lors qu'*« il n'existe pas de texte encadrant strictement cette pratique, son application est très variable selon les territoires »*. Le rapport indique également : *« alors que la circulaire du ministère*

---

<sup>4</sup> Note relative à la situation des mineurs non accompagnés faisant l'objet de poursuites pénales de la direction des affaires criminelles et des grâces, N° JUSF1821612N.

*de la Justice du 31 mai 2013 relative aux modalités de prise en charge des mineurs étrangers isolés rappelle que l'examen osseux ne doit être utilisé qu'en dernier recours, [...] il est, en pratique, réalisé systématiquement dans certains départements ». Il est enfin souligné que « la fiabilité de cette méthode est mise en cause depuis plusieurs années, par des instances aussi bien judiciaires que médicales »<sup>5</sup>.*

La commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a ainsi adopté lors de la première lecture plusieurs amendements interdisant le recours aux données radiologiques de maturité osseuse pour déterminer l'âge d'un mineur étranger<sup>6</sup>.

*L'exposé sommaire de l'un de ces amendements<sup>7</sup> précisait : « La fiabilité des tests osseux effectués aux fins de détermination de l'âge des jeunes est largement critiquée par la communauté scientifique. / Elle expose le jeune à des risques d'irradiation, puisqu'elle comprend la prise de radiographies. D'autres moyens existent pour évaluer l'âge, tels que : La preuve documentaire, pour laquelle il existe une présomption d'authenticité prévue à l'article 47 du Code civil ; / Faisceau d'indices dégagés par un personnel qualifié dans le cadre d'une approche pluridisciplinaire ».*

\* Cependant, lors de l'examen en séance publique, il a été proposé par amendement du Gouvernement de compléter l'article 388 du code civil, dont le seul alinéa définissait l'âge de la majorité, afin de revenir sur l'interdiction en encadrant la pratique des examens osseux<sup>8</sup>.

*L'exposé sommaire de cet amendement précisait : « L'objet de l'amendement est de limiter au maximum le recours aux examens radiologiques osseux visant l'estimation de l'âge. / Il s'agit de l'encadrer par des conditions strictes et de le réserver ainsi aux seules situations dans lesquelles l'âge avancé n'est pas vraisemblable et qu'il persiste un doute après vérification des documents d'état civil. / Dans tous les cas, ces examens ne peuvent être décidés que par l'autorité judiciaire avec le consentement des personnes concernées. Ils ne peuvent, à eux seuls, déterminer la minorité d'un individu et doivent s'inscrire dans une démarche beaucoup plus large ».*

---

<sup>5</sup> Rapport n° 2744 (Assemblée nationale – XIV<sup>ème</sup> législature) de Mme Annie Le Houerou, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 6 mai 2015.

<sup>6</sup> Amendements n°s AS 13, AS 18 et AS 99.

<sup>7</sup> L'amendement n° AS 13.

<sup>8</sup> Amendement n° 201 rect. présenté par le Gouvernement.

Avant d'être adopté, cet amendement a été modifié par plusieurs sous-amendements tendant à indiquer que les examens « *doivent préciser la marge d'erreur* », que « *le doute profite à l'intéressé* » et, enfin, qu'est interdit l'examen du développement pubertaire des caractères sexuels<sup>9</sup>.

\* Dans sa rédaction issue de la loi du 14 mars 2016, l'article 388 dispose donc :

*« 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 ».*

Ces dispositions subordonnent ainsi le recours aux tests osseux à la réunion de quatre conditions.

Les deux premières donnent aux tests osseux un caractère subsidiaire en prévoyant qu'il ne peut y être recouru que lorsque l'intéressé est dépourvu de documents d'identité valables et que l'âge qu'il allègue n'est pas vraisemblable. La Cour de cassation a jugé que des examens radiologiques osseux peuvent être ordonnés en présence de documents d'identité contenant des erreurs ou de nombreuses contradictions, dans la mesure où l'âge allégué n'était pas vraisemblable, l'expert ayant par ailleurs exclu tout doute raisonnable<sup>10</sup>.

Les deux autres conditions correspondent à des autorisations. D'une part, seule l'autorité judiciaire peut autoriser le recours à de tels tests. Ces derniers peuvent être ordonnés par le juge des enfants, mais également par le procureur de la République pendant la phase administrative d'examen de la situation d'un mineur, à la demande

---

<sup>9</sup> Sous-amendements n<sup>os</sup> 211 rect., 220 et 221.

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2018, n<sup>o</sup> 18-19.442.

des services départementaux. D'autre part, l'intéressé doit y consentir. La Cour de cassation a jugé à cet égard que la loi n'impose pas que le consentement prenne une forme écrite, dès lors que l'intéressée disposait des conseils de son avocat, que l'expert précisait qu'elle parlait et comprenait parfaitement le français et qu'il avait donc été possible de lui expliquer la mission et de recueillir son consentement, dans le respect des règles de déontologie qui régissent l'exercice de sa profession<sup>11</sup>.

Par ailleurs, l'article 388 du code civil limite la portée conférée aux examens osseux puisque son troisième alinéa exige que leurs conclusions précisent la marge d'erreur et, surtout, que ceux-ci ne peuvent être retenus à eux seuls comme preuve de la minorité ou non de l'intéressé, auquel le doute, à cet égard, doit profiter.

### **3. – Les techniques d'examen osseux**

\* Les techniques utilisées pour les examens radiologiques osseux dépendent des pratiques des experts compétents pour les réaliser. Trois types d'examens semblent principalement utilisés : la radiographie du poignet et de la main, la radiographie de la clavicule et la radiographie dentaire. Ces méthodes supposent la réalisation de clichés médicaux, l'analyse de ces clichés et leur comparaison à des atlas de référence. Le cliché des os de la main et du poignet de la personne, par exemple, est comparé à ceux de l'atlas de Greulich et Pyle où est reproduit, pour chaque tranche d'âge, le cliché correspondant à la maturation osseuse moyenne au plan statistique, déterminée à partir d'une centaine de clichés.

\* Le recours à des examens osseux aux fins de détermination de l'âge demeure très controversé, pour plusieurs raisons.

C'est d'abord la fiabilité scientifique des résultats de ces examens qui est contestée. De nombreuses autorités ou associations soulignent que la marge d'erreur de ces examens est telle qu'ils ne permettent pas d'aboutir à des résultats probants, en particulier pour des mineurs de plus de seize ans. Cette marge d'erreur s'explique principalement par la grande relativité de l'évolution osseuse des mineurs et donc des atlas de référence utilisés. L'atlas de Greulich et Pyle, en particulier, est vivement critiqué en ce qu'il a été élaboré à partir de l'analyse des clichés osseux d'enfants issus de familles américaines aisées, dans les années 1930 et 1940. Cet atlas est jugé inadéquat pour déterminer l'âge d'enfants originaires de zones géographiques très différentes et ayant connu des conditions socio-nutritionnelles très éloignées de

---

<sup>11</sup> Même décision.



celles des jeunes américains. L'inadéquation est d'autant plus manifeste, selon certains, que les traumatismes subis par certains enfants peuvent entraîner des conséquences importantes sur leur croissance, en la retardant ou, au contraire, en provoquant une puberté prématurée.

Sur ce premier point, l'association Médecin du Monde soutient par exemple, dans une note d'août 2017 : *« Qu'elles soient prises isolément ou combinées, aucune méthode de détermination de l'âge n'apporte à l'heure actuelle des informations scientifiques suffisamment fiables et précises pour déterminer l'âge biologique des mineurs évalués. Seul l'examen d'âge osseux de la clavicule permet de définir avec certitude si l'âge de la personne est supérieur ou inférieur à 21 ans, ce qui n'est pas déterminant compte tenu de la finalité actuelle des examens de détermination de l'âge ».*

Illustrent cette position générale les précisions apportées par l'association concernant l'examen odontologique : *« L'examen odontologique (par observation ou radiographie) est fiable jusqu'à l'âge de 12 ans. Après 12 ans, les variations des dents de sagesse sont extrêmement aléatoires. Cependant, lorsque la troisième molaire est totalement formée, les études montrent qu'on a 90,2 % de chances d'avoir plus de 18 ans chez les jeunes hommes. Une autre étude montre que les hommes ont 96,3% de chance d'avoir plus de 18 ans si le développement de la 3<sup>ème</sup> molaire est complet (95,1 % pour les femmes). Cet examen, bien que plus précis que les tests osseux, ne peut être considéré comme fiable. Le développement dentaire est très hétérogène, il est particulièrement influencé par des facteurs environnementaux ».*

\* Plusieurs instances médicales officielles ont été saisies de la question des tests osseux, pour aboutir à des conclusions proches.

Le comité national consultatif d'éthique (CCNE) a ainsi rendu en 2005 un avis sur la question<sup>12</sup>, dans lequel il a conclu : *« [...] le CCNE confirme l'inadaptation des techniques médicales utilisées actuellement aux fins de fixation d'un âge chronologique. / Il ne récuse pas a priori leur emploi, mais suggère que celui-ci soit relativisé de façon telle que le statut de mineur ne puisse en dépendre exclusivement. Ce n'est pas tant le danger des examens, qui paraît sans fondement, que leur mise en œuvre dans un climat vécu comme inquisitorial, au détriment d'une prise en charge psychosociale toujours nécessaire dans un tel contexte. L'important est de*

---

<sup>12</sup> CCNE, « Sur les méthodes de détermination de l'âge à des fins juridiques », avis n° 88, 23 juin 2005.

*protéger les enfants, non de les discriminer, ce qui renforce le rôle d'écoute du corps médical, même requis aux fins d'expertise ».*

L'académie nationale de médecine a rendu moins de deux ans plus tard un rapport dans lequel elle « – *confirme que la lecture de l'âge osseux par la méthode de Greulich et Pyle universellement utilisée, permet d'apprécier avec une bonne approximation l'âge de développement d'un adolescent en dessous de seize ans. Cette méthode ne permet pas de distinction nette entre seize et dix-huit ans ; / – rappelle qu'il existe cependant des situations relativement rares où âge de développement et âge réel comportent des dissociations, la plupart d'entre elles conduisant à une sous-estimation de l'âge réel en particulier chez les garçons ; / – recommande la double lecture de l'âge osseux, par un radio pédiatre et un endocrino-pédiatre ; / – souligne que l'examen clinique en milieu spécialisé avec détermination du stade de développement pubertaire, et éventuellement contrôle six mois plus tard, augmente la fiabilité de la détermination ».* Elle indique également souhaiter « *qu'en toutes circonstances, la personne "des mineurs étrangers isolés", soit respectée conformément à l'avis du Comité Consultatif National d'Éthique en s'entourant des précautions qui se réfèrent aux règles de bonne pratique médicale et du respect de l'individu »*<sup>13</sup>.

Enfin, plus récemment, le Haut conseil de la santé publique (HCSP) a délivré un avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé<sup>14</sup>, dans lequel il fixe les 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. / 2. 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. / 3. Cet examen ne doit pas être réalisé en cas de refus du sujet. / 4. En cas de suspicion de grossesse, l'examen radiologique ne doit pas être pratiqué. / 5. 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. / 6. 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

---

<sup>13</sup> Académie nationale de médecine, communiqué de presse publié à la suite du rapport n° 07-01 : *Sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés*, séance du 16 janvier 2007.

<sup>14</sup> HCSP, avis relatif à l'évaluation de la minorité d'un jeune étranger isolé, 23 janvier 2014.

*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. / 7. 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. / 8. 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 ». La plupart de ces recommandations ont été reprises à l'article 388 du code civil.*

L'ensemble des avis et recommandations s'accorde sur le fait que les tests osseux présentent, autour de l'âge de 18 ans, une marge d'erreur de 18 à 24 mois.

\* Outre le manque de fiabilité des tests osseux, c'est l'absence de protocole unique concernant les techniques utilisées et la grande diversité des pratiques qui en découle qui sont critiquées. En effet, en fonction des experts, certaines techniques peuvent être préférées à d'autres. Les différents examens peuvent également être utilisés de manière combinée ou isolée. La rédaction des conclusions serait également très variable en fonction des experts et conduirait parfois à priver de portée l'obligation prévue à l'article 388 du code civil consistant à indiquer la marge d'erreur, compte tenu du caractère excessivement affirmatif du rapport d'expertise. Cette situation aggraverait la subjectivité et le manque de fiabilité de l'analyse des résultats d'examens osseux aux fins de détermination de l'âge, d'autant qu'aucune compétence ou formation spécifique à l'analyse de ces examens ne serait requise. Par ailleurs, le recours aux examens radiologiques osseux est parfois critiqué en tant qu'il implique que les personnes concernées subissent des actes irradiants présentant des risques pour leur santé, du fait du caractère cancérogène des rayons ionisants. Enfin, indépendamment des éléments scientifiques, certains acteurs du débat public jugent contraire au respect de la dignité de la personne le fait de soumettre des mineurs à des examens médicaux pour, potentiellement, remettre en cause leur minorité et la protection qui en découle, alors que nombre d'entre eux ont déjà subi de graves traumatismes.

\* Les débats autour du recours aux tests osseux ne concernent pas que la France. En Allemagne, par exemple, à la fin de l'année 2016, le comité d'éthique de la chambre fédérale des médecins a exprimé des réserves sur la constitutionnalité et la fiabilité

des tests médicaux de détermination de l'âge. L'orientation du débat public relatif aux tests osseux n'y est toutefois pas exactement la même qu'en France. En effet, alors qu'en l'état actuel du droit allemand, les tests osseux sont uniquement autorisés en cas de doute sur l'âge réel du mineur et nécessitent son accord, le débat public porte sur la systématisation de ces tests et sur l'adoption d'une loi les rendant impératifs. En outre, les prises de position publiques critiques concernant les procédures de détermination de l'âge portent notamment sur le recours à l'examen des organes sexuels, toujours autorisé en Allemagne, alors qu'il est interdit en France depuis la loi du 14 mars 2016 précitée.

\* Malgré l'importance des débats sur les tests osseux utilisés à des fins de détermination de l'âge, quasiment tous les États européens y ont actuellement recours et dans des conditions relativement comparables. En effet, le recours aux tests osseux s'impose principalement comme une méthode complémentaire voire subsidiaire, devant nécessairement intervenir dans le cadre d'une procédure pluridisciplinaire de détermination de l'âge. Les tests osseux viennent alors compléter d'autres méthodes ou examens, notamment des entretiens psychosociaux. C'est le cas par exemple en Espagne ou en Italie. En revanche, la prise de compte de la marge d'erreur des tests en faveur de la personne n'est pas généralisée, même si plusieurs États, comme le Luxembourg ou la Pologne, ont consacré ce principe. Enfin, l'interdiction de l'examen des organes sexuels n'est pas encore généralisée, comme en témoigne l'exemple allemand. D'autres autorités nationales déclaraient y avoir encore recours en septembre 2017, comme le Danemark, la Hongrie ou l'Italie<sup>15</sup>. Seule la Grande-Bretagne ne prescrit pas les examens radiologiques osseux à des fins de détermination de l'âge. Mais il semblerait que cette pratique, et en particulier les radiographies dentaires, demeure utilisée dans le cadre de certaines procédures relevant de la compétence des autorités locales.

## **B. – Origine de la QPC et question posée**

M. Adama S., qui déclare être né le 10 janvier 2001 à Conakry, en République de Guinée, a été provisoirement confié à l'ASE de l'Ain par une ordonnance du 11 juillet 2016 du procureur de la République. Par un jugement du 20 juillet 2016, le juge des enfants de Bourg-en-Bresse a, sur le fondement de l'article 375 du code

---

<sup>15</sup> Réponses à l'enquête du Conseil de l'Europe pour l'élaboration du rapport : « *Détermination de l'âge : politiques, procédures et pratiques des Etats membres du Conseil de l'Europe respectueuse des droits de l'enfant* » (2017), p. 30.

civil, confié celui-ci au conseil départemental de l'Ain, jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'organisation d'une tutelle d'État et déclaré sa décision exécutoire par provision.

Cependant, à la suite du refus de l'intéressé de se soumettre à une expertise osseuse qui devait permettre de s'assurer de sa minorité, le juge des enfants a levé la mesure de placement à l'ASE par une décision du 26 mai 2017. Le requérant a interjeté appel de cette décision, ce qui a conduit la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Lyon à ordonner, par un arrêt du 14 novembre 2017, une expertise médicale aux fins d'évaluation de son âge physiologique.

Estimant qu'il résultait de cette mesure d'instruction que l'intéressé n'était plus mineur, cette même chambre a, par un arrêt du 3 juillet 2018, confirmé le jugement rendu par le juge des enfants. Le requérant a alors formé un pourvoi en cassation contre les deux arrêts précités, à l'occasion duquel il a soulevé une QPC portant sur l'article 388 du code civil.

La Cour de cassation l'a renvoyée au Conseil constitutionnel par son arrêt précité du 21 décembre 2018, en considérant que *« les questions posées, en tant qu'elles invoquent une atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2, 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, les alinéas 1<sup>er</sup>, 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, présentent un caractère sérieux »*.

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées**

### **A. – Les questions préalables**

Le requérant contestait la constitutionnalité de l'article 388 du code civil au regard de plusieurs droits et libertés.

Selon lui, ces dispositions méconnaissaient tout d'abord l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant fondée sur le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, dès lors que le manque de fiabilité des examens radiologiques osseux conduirait à juger comme majeurs des mineurs étrangers isolés et à les exclure en conséquence du bénéfice des dispositions législatives destinées à les protéger. Il soutenait également que ces dispositions portaient une atteinte disproportionnée au droit à la protection de la santé en ce qu'elles permettaient le recours à une expertise médicale qui comporte des risques pour la santé des mineurs, sans fin diagnostique ou thérapeutique et sans le consentement réel des intéressés. Il considérait, pour les

mêmes motifs, que le recours aux examens radiologiques osseux autorisé par l'article 388 du code civil méconnaissait le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Ces dispositions étaient également, selon lui, contraires au droit au respect de la vie privée dans la mesure où elles aboutissaient à la divulgation de données médicales concernant les mineurs isolés, sans que ceux-ci y aient consenti. Enfin, elles étaient entachées d'incompétence négative dans des conditions portant atteinte au principe d'égalité devant la loi en tant qu'elles permettaient le recours à des examens osseux en l'absence de « *documents d'identité valables* » sans préciser cette notion ni renvoyer à d'autres dispositions législatives qui le feraient.

Au regard de ces griefs, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait uniquement sur les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil (paragr. 3).

De nombreux intervenants ont été admis. Ceux-ci soulevaient des griefs similaires à ceux du requérant. Selon certains, les dispositions contestées méconnaissent également le droit au respect de l'intégrité physique et le principe de précaution.

## **B. – Le grief tiré de la méconnaissance de l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant**

### **1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel**

\* Selon le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Selon son onzième alinéa, « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

Sans l'affirmer dans une formule de principe, le Conseil constitutionnel fait découler du dixième alinéa du Préambule de 1946, combiné, parfois, avec le onzième alinéa du même préambule, une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant.

Dans sa décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité (Pacs), le Conseil constitutionnel a examiné, au regard de ces dixième et onzième alinéas, une contestation de dispositions législatives fondée sur l'insuffisante prise en considération de la situation de l'enfant.

Cependant, cette décision n'éclaire pas sur la portée donnée par le Conseil constitutionnel aux alinéas précités s'agissant de la protection de l'enfant dès lors que, dans cette espèce, il a écarté le grief qui lui était soumis comme manquant en fait : *« Considérant qu'il était loisible au législateur d'instaurer le pacte civil de solidarité sans pour autant réformer la législation relative au droit de la filiation, ni celle portant sur la condition juridique du mineur ; que les règles existantes du droit de la filiation et les dispositions assurant la protection des droits de l'enfant, au nombre desquelles figurent celles relatives aux droits et devoirs des parents au titre de l'autorité parentale, s'appliquent, comme il a été précédemment indiqué, aux enfants dont la filiation serait établie à l'égard de personnes liées par un pacte civil de solidarité ou de l'un seulement des partenaires d'un tel pacte ; qu'en cas de litige relatif à l'autorité parentale le juge aux affaires familiales conserve sa compétence ; que, dans ces conditions, le grief allégué manque en fait »*<sup>16</sup>.

Le Conseil constitutionnel a de nouveau examiné un tel grief, uniquement articulé sur le dixième alinéa, dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>17</sup>.

Il était alors saisi d'un grief selon lequel l'adoption par deux personnes de même sexe porte atteinte au droit de l'enfant de mener une vie familiale normale ainsi qu'à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Conseil a pris en compte l'intérêt de l'enfant en jugeant :

*« Considérant, d'autre part, que les dispositions contestées ne dérogent pas aux dispositions de l'article 353 du code civil, selon lesquelles l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de l'adoptant si les conditions de la loi sont remplies "et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant" ; que ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »*<sup>18</sup>.

Le commentaire de cette décision indique : *« Comme il l'avait fait dans sa décision du 9 novembre 1999 sur la loi relative au PACS<sup>19</sup>, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 17 mai 2013, examiné le grief tiré de l'atteinte à l'intérêt de l'enfant,*

---

<sup>16</sup> Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 78.

<sup>17</sup> Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

<sup>18</sup> Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 précitée, cons. 54.

<sup>19</sup> Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 77 et 78.

*à l'aune du dixième alinéa du Préambule de 1946 (aux termes duquel : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement"). / Dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel a jugé que le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt est ainsi, en la matière, porté expressément au niveau constitutionnel. De manière analogue, on sait qu'est reconnu "l'intérêt supérieur de l'enfant" par le 1° de l'article 3 de la Convention des nations-unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et par le 2° de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».*

Dans sa décision n° 2016-739 DC, le Conseil constitutionnel s'est assuré, après avoir rappelé la formulation de principe relative au droit de mener une vie familiale normale<sup>20</sup>, que les garanties entourant la mise en œuvre de la procédure conventionnelle de divorce étaient suffisantes au regard de l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant :

*« En troisième lieu, le législateur a prévu, afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant, que ce dernier, s'il est capable de discernement, soit informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge. En outre, il a exigé qu'il soit fait mention, sous le contrôle du notaire, dans la convention de divorce, de la délivrance de cette information et du souhait du mineur de ne pas faire usage de cette faculté. Si, en revanche, le mineur demande à être entendu, la procédure conventionnelle doit être abandonnée au profit de la procédure judiciaire. Le juge est alors chargé de s'assurer que la convention ne porte pas préjudice aux intérêts du mineur. En outre, conformément à l'article 373-2-13 du code civil, dans sa rédaction résultant de l'article 50 de la loi déferée, le juge aux affaires familiales peut être saisi, après le divorce, des dispositions de cette convention relatives à l'exercice de l'autorité parentale »<sup>21</sup>. Ces garanties, qui s'ajoutent à celles permettant d'assurer la protection des époux, conduisent le Conseil à juger que : « Compte tenu des garanties ainsi apportées à la procédure conventionnelle de divorce par consentement mutuel qu'il a instaurée, le législateur n'a méconnu ni le dixième alinéa du Préambule de 1946, ni l'étendue de sa compétence »<sup>22</sup>.*

Le commentaire de cette décision souligne qu'en rappelant la formulation de principe relative au droit de mener une vie familiale normale pour répondre au grief tiré de la

---

<sup>20</sup> Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, *Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, paragr. 48.

<sup>21</sup> Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 précitée, paragr. 51.

<sup>22</sup> Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 précitée, paragr. 52.



méconnaissance de l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant, le Conseil constitutionnel « a confirmé que la protection de l'intérêt de l'enfant est une exigence constitutionnelle qui se déduit du droit de mener une vie familiale normale. Il a d'ailleurs examiné les dispositions contestées à cette aune »<sup>23</sup>.

Dans la décision n° 2018-770 DC, le Conseil constitutionnel devait examiner des dispositions relatives au placement en rétention ou en zone d'attente de mineurs en répondant au grief tiré de la méconnaissance de l'exigence de protection de l'intérêt de l'enfant et il a rappelé, à nouveau, la formulation de principe relative au droit de mener une vie familiale normale avant de développer le reste de son raisonnement :

*« En premier lieu, l'article 28 modifie l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile afin d'interdire le placement en rétention d'un mineur, sous réserve des trois hypothèses prévues par la rédaction en vigueur de cet article : lorsqu'il accompagne un étranger lui-même placé en rétention qui n'a pas respecté les conditions d'une précédente mesure d'assignation à résidence ; lorsque l'étranger qu'il accompagne a pris la fuite ou opposé un refus à l'occasion de la mise en œuvre d'une mesure d'éloignement ; ou lorsque, en considération de l'intérêt du mineur, le placement en rétention de l'étranger qu'il accompagne est limité aux quarante-huit heures précédant le départ programmé et qu'il préserve l'intéressé et le mineur des contraintes liées aux nécessités du transfert.*

*« D'une part, le placement en rétention du mineur, dans ces trois hypothèses, est justifié par la volonté de ne pas le séparer de l'étranger majeur qu'il accompagne. D'autre part, les deux premières hypothèses correspondent à des situations où le risque d'un refus, par l'étranger majeur, de l'exécution de la mesure d'éloignement, qui est préjudiciable à la sauvegarde de l'ordre public, est, compte tenu de son comportement passé, particulièrement élevé. La dernière hypothèse correspond à une situation où le placement en rétention est limité à quarante-huit heures et justifié par la rigueur plus grande, au regard de l'intérêt du mineur et de l'étranger, que pourraient constituer les contraintes liées aux nécessités du transfert en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement. L'intérêt supérieur de l'enfant doit, notamment au regard des conditions de la rétention, faire l'objet d'une attention particulière dans la mise en œuvre de ces mesures.*

*« Il résulte de ce qui précède que la conciliation ainsi opérée par le législateur entre, d'une part, l'intérêt qui s'attache, pour le mineur, à ne pas être placé en rétention*

---

<sup>23</sup> Commentaire de la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, page 18.

et, d'autre part, l'inconvénient d'être séparé de celui qu'il accompagne ou les exigences de la sauvegarde de l'ordre public n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées aux paragraphes 55 et 56 »<sup>24</sup>, c'est-à-dire au droit de mener une vie familiale normale et à la liberté individuelle.

La décision n° 2018-770 DC présente la particularité de sortir de la stricte sphère des relations intrafamiliales puisque sont en cause des considérations d'ordre public liées à la lutte contre l'immigration irrégulière. Elle reste toutefois fondée sur le droit de mener une vie familiale normale, qui, de manière habituelle, doit être concilié avec des objectifs d'ordre public. Comme dans les affaires précitées, dans lesquelles étaient en cause des règles relatives à la filiation, à l'adoption ou au divorce, les dispositions relatives aux conditions de rétention de mineurs accompagnés étaient en effet susceptibles d'affecter la situation des enfants par rapport à leurs parents : le législateur avait le choix entre séparer l'enfant de ses parents pour permettre l'exécution de la mesure d'éloignement ou maintenir ensemble en rétention l'enfant et ses parents. Dans la décision n° 2018-770 DC comme dans les précédentes affaires citées, l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant restait donc liée au champ de la vie familiale.

\* Par ailleurs, dans plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel a jugé, pour écarter des griefs tirés de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi, au droit au respect de la vie privée ou familiale ou au droit à un recours effectif, qu'il n'avait pas à se substituer au législateur quant à l'appréciation des dispositions qu'il convenait de prendre afin d'assurer au mieux la protection de l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, confronté à la question de l'adoption au sein des couples non mariés, il était saisi de l'impossibilité de ce que, par la voie de l'adoption simple, un enfant mineur puisse voir établi un deuxième lien de filiation à l'égard du concubin ou du partenaire de son père ou de sa mère. Le Conseil a alors jugé *« qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux conjoints, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en*

---

<sup>24</sup> Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, paragr. 61 à 63.

*l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe »<sup>25</sup>.*

De la même manière, s'agissant des dispositions relatives à l'accès aux origines personnelles, il a jugé qu'il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation « à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant »<sup>26</sup> et, s'agissant de la question des recours contre l'admission en qualité de pupille de l'État, « qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance dans les conditions précitées, entre les droits des personnes qui entendent se prévaloir d'une relation antérieure avec lui et l'objectif de favoriser son adoption »<sup>27</sup>.

## **2. – L'application à l'espèce**

\* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a, selon une formulation inédite, clairement réaffirmé l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant. Après avoir rappelé les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, il a indiqué qu'« *Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (paragr. 5 et 6).

Ce faisant, le Conseil constitutionnel a tout d'abord jugé que cette exigence trouve sa source dans les dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 et non dans le seul dixième alinéa. Ce double rattachement explique notamment que la protection de l'intérêt de l'enfant ne s'inscrit pas uniquement dans un cadre familial, mais peut s'étendre à d'autres aspects de la vie en société. En acceptant de contrôler les dispositions contestées au regard de l'exigence constitutionnelle de protection de l'enfant, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs jugé en l'espèce que cette exigence pouvait s'appliquer à des dispositions autres que celles relatives à la famille.

Par ailleurs, pour la première fois, le Conseil constitutionnel a utilisé l'expression d'« *intérêt supérieur de l'enfant* », reprenant ainsi une expression usuellement utilisée en droit international. Cette harmonisation ne modifie toutefois pas la portée de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant dès lors que,

---

<sup>25</sup> Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption au sein d'un couple non marié)*, paragr. 9.

<sup>26</sup> Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E. (Accès aux origines personnelles)*, cons. 8.

<sup>27</sup> Décision n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012, *Mme Annie M. (Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État)*, cons. 8.

comme cela était indiqué dans le commentaire précité de la décision du 17 mai 2013, le Conseil a toujours entendu conférer à l'exigence constitutionnelle une portée analogue à celle pouvant être déduite de la notion d'« *intérêt supérieur* ».

Le Conseil constitutionnel a ensuite, comme dans sa décision de 2013, tiré une conséquence de cette exigence constitutionnelle, en jugeant que « *Cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures* » (paragr. 6).

Le Conseil constitutionnel a donc ainsi précisément défini le cadre constitutionnel dans lequel la disposition contestée devait être examinée.

\* Le Conseil constitutionnel a ensuite indiqué qu'il était établi que les résultats des examens osseux peuvent comporter une marge d'erreur significative (paragr. 7). Compte tenu de ce constat, il lui revenait d'examiner si le recours à de tels examens présentait cependant les garanties nécessaires permettant de s'assurer que leur utilisation n'aboutissait pas à juger indûment des mineurs comme majeurs. Le Conseil constitutionnel n'a en revanche pas jugé que le recours aux examens osseux méconnaissait en soi l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt de l'enfant. Une telle position n'aurait pu se fonder que sur le constat que, par principe, un tel examen ne peut, quelles que soient les garanties entourant son exercice, contribuer à la détermination de l'âge d'une personne. Or, un tel constat n'était pas établi.

Dans le cadre de son examen des garanties, le Conseil constitutionnel a tout d'abord relevé que « *seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen* » (paragr. 8).

Puis, il a rappelé le caractère subsidiaire d'un examen osseux puisque, en application de la loi, il « *ne peut être ordonné que si la personne en cause n'a pas de documents d'identité valables et si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable* » (paragr. 9). Comme il le fait parfois<sup>28</sup>, le Conseil constitutionnel a rappelé solennellement le

---

<sup>28</sup> Par exemple : décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, cons. 20 ; décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, *Association Wikimedia France et autre (Droit à l'image des domaines nationaux)*, paragr. 13.

nécessaire respect de cette condition en ajoutant qu'« *Il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du respect du caractère subsidiaire de cet examen* » (même paragr.).

Il a ensuite fait valoir que « *cet examen ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli, dans une langue qu'il comprend. À cet égard, la majorité d'une personne ne saurait être déduite de son seul refus de se soumettre à un examen osseux* » (paragr. 10). Cette dernière mention, en forme de rappel, vise à répondre à l'argumentation développée par certains intervenants selon laquelle il existerait des pratiques en sens contraire.

Enfin, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur avait, dans l'édition de différentes garanties, pris en considération le constat opéré précédemment selon lequel le recours à un examen osseux pour la détermination de l'âge d'une personne peut comporter des marges d'erreur : « *D'une part, il a imposé la mention de cette marge dans les résultats de ces examens. D'autre part, il a exclu que ces conclusions puissent constituer l'unique fondement dans la détermination de l'âge de la personne. Il appartient donc à l'autorité judiciaire d'apprécier la minorité ou la majorité de celle-ci en prenant en compte les autres éléments ayant pu être recueillis, tels que l'évaluation sociale ou les entretiens réalisés par les services de la protection de l'enfance. Enfin, si les conclusions des examens radiologiques sont en contradiction avec les autres éléments d'appréciation susvisés et que le doute persiste au vu de l'ensemble des éléments recueillis, ce doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé* » (paragr. 11). Le Conseil constitutionnel a ainsi précisé l'interprétation devant être retenue du troisième alinéa de l'article 388 du code civil.

Enfin, dans la même logique que celle énoncée précédemment pour le paragraphe 9, le Conseil a rappelé qu'« *Il appartient aux autorités administratives et judiciaires compétentes de donner leur plein effet aux garanties précitées* » (paragr. 12). À ce titre, il peut être rappelé qu'il ne revient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur les conditions dans lesquelles une loi est appliquée ou de prendre en compte, dans son examen, des arguments tirés de ce que la disposition contrôlée ne serait pas toujours appliquée conformément aux exigences posées par le législateur. Il appartient en effet aux juridictions compétentes, judiciaires ou administratives, de s'assurer de cette application conforme.

Le Conseil constitutionnel a, en conséquence, écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (paragr. 13).

## C. – Le grief tiré de la méconnaissance du droit à la protection de la santé

### 1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

\* La jurisprudence du Conseil constitutionnel reconnaît la protection de la santé comme une exigence constitutionnelle en se fondant sur le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946<sup>29</sup>, selon lequel : « *Elle [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* ».

Sur ce fondement, le contrôle opéré par le Conseil est limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil est ainsi amené à rappeler qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » et, donc, qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause l'appréciation portée par le législateur sur des risques pour la santé ou sur les mesures de prévention de ces risques. Le caractère restreint du contrôle opéré par le Conseil ressort par exemple de sa décision relative à l'obligation vaccinale dans laquelle il avait jugé qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel [...] de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »<sup>30</sup>.

Plus récemment, dans la décision n° 2018-761 QPC du 1<sup>er</sup> février 2019, il a jugé qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences sanitaires pour les personnes prostituées des dispositions contestées, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate* »<sup>31</sup>.

\* Le Conseil constitutionnel n'a jamais prononcé de censure sur le fondement du droit à la protection de la santé. Les décisions mentionnant ce droit sont de deux natures.

---

<sup>29</sup> Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 4.

<sup>30</sup> Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Époux L. (Obligation de vaccination)*, paragr. 10.

<sup>31</sup> Décision n° 2018-761 QPC du 1<sup>er</sup> février 2019, *Association Médecins du monde et autres (Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution)*, paragr. 16.

Certaines se bornent à écarter un grief formulé par les requérants sur le fondement du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi, dans sa décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, le Conseil a jugé « *qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé* »<sup>32</sup>. Plus récemment, il a jugé qu'en modifiant les conditions d'entrée en vigueur du tiers-payant généralisé, le législateur n'avait pas davantage méconnu ce droit<sup>33</sup>.

D'autres décisions mentionnent la protection de la santé comme une exigence constitutionnelle pouvant être prise en compte par le législateur lorsqu'il doit concilier plusieurs exigences constitutionnelles, parfois contradictoires. Ainsi, dans sa décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 relative à l'hospitalisation sans consentement, le Conseil a relevé « *qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* »<sup>34</sup>.

## **2. – L'application à l'espèce**

Dans le prolongement de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a d'abord relevé qu'il ne lui appartient pas « *de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences sur la santé de la réalisation d'un examen radiologique osseux, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate* » (paragr. 14).

Le contrôle du Conseil sur l'appréciation faite par le législateur en matière d'évaluation des risques médicaux ne peut qu'être restreint, sauf à substituer sa propre appréciation à celle du législateur dans un domaine particulièrement technique et sensible. Or, s'il est acquis que les bénéfices attendus de l'examen radiologique osseux ne sont pas d'ordre thérapeutique, ce qui n'est pas en soi contraire à la protection de la santé, le Conseil constitutionnel ne disposait pas d'éléments lui permettant de considérer qu'en l'état des connaissances, la réalisation

---

<sup>32</sup> Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 10.

<sup>33</sup> Décision n° 2017-756 DC du 21 décembre 2017, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2018*, paragr. 72.

<sup>34</sup> Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *M<sup>lle</sup> Danielle S. (Hospitalisation sans consentement)*, cons. 16.

de ce seul examen, de manière isolée et sur des personnes d'un âge suffisamment avancé pour que leur minorité puisse être jugée incertaine, présentait des risques pour la santé. Ceci était d'ailleurs clairement exclu par le CCNE dans son avis précité de 2005.

Ensuite, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'« *un examen radiologique osseux ne peut être ordonné que dans les conditions déterminées aux paragraphes 8, 9 et 10* » (paragr. 15), c'est-à-dire dans le respect des conditions citées précédemment. Le Conseil constitutionnel a également précisé la loi en indiquant que cet examen devait être prononcé « *en tenant compte d'un avis médical qui le déconseillerait à raison des risques particuliers qu'il pourrait présenter pour la personne concernée* » (même paragr.).

Au regard de ces éléments, le Conseil a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance du droit à la protection de la santé (paragr. 16).

## **D. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe de sauvegarde de la dignité humaine et de l'inviolabilité du corps humain**

### **1. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel**

\* Le Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine dans la décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sur les lois bioéthiques de 1994 : « *le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ; que la sauvegarde de la dignité de la personne contre toute forme d'asservissement et de dégradation est au nombre de ces droits et constitue un principe à valeur constitutionnelle* »<sup>35</sup>.

Dans cette décision, le Conseil n'a pas précisé la portée de ce principe. Il juge que les principes énoncés par la loi et notamment l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain « *tendent à assurer* » le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

---

<sup>35</sup> Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2. Cf. aussi, pour des sujets autre que la bioéthique, la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 précitée, cons. 28 ou la décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, *M. Angelo R. (Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires)*, cons. 4.



\* Le Conseil constitutionnel a ensuite été interrogé à plusieurs reprises sur l'application du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine à des dispositions permettant de soumettre des personnes à des actes pouvant avoir un lien avec le corps.

Ainsi, dans sa décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, le Conseil était saisi de dispositions permettant le recours aux empreintes génétiques des individus demandeurs de visa (« tests ADN »). La loi subordonnait le droit au regroupement familial à l'examen du lien de filiation biologique avec la mère du demandeur de visa, disposition qui portait notamment atteinte, selon les requérants, au principe de respect de la dignité humaine.

*Le Conseil a décidé « que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, en autorisant ce mode supplétif de preuve d'un lien de filiation, le dispositif critiqué n'instaure pas une mesure de police administrative ; qu'en outre, la loi n'autorise pas l'examen des caractéristiques génétiques du demandeur de visa mais permet, à la demande de ce dernier ou de son représentant légal, son identification par ses seules empreintes génétiques dans des conditions proches de celles qui sont prévues par le deuxième alinéa de l'article 16-11 du code civil ; qu'il s'ensuit que le grief tiré de l'atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine consacré par le Préambule de 1946 manque en fait »<sup>36</sup>.*

Le Conseil constitutionnel a également écarté comme manquant en fait le grief tiré de l'atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine, à l'inviolabilité du corps humain et à la liberté individuelle dans sa décision sur le fichier des empreintes génétiques du 16 septembre 2010 :

*« Considérant, en deuxième lieu, que le prélèvement biologique visé aux deuxième et troisième alinéas de l'article 706-54 ne peut être effectué sans l'accord de l'intéressé ; que, selon le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article 706-56, lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché de son corps ; qu'en tout état de cause, le prélèvement n'implique aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes ;*

---

<sup>36</sup> Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile cons.* 18.

*« Considérant que [...] la disposition contestée n'autorise pas l'examen des caractéristiques génétiques des personnes ayant fait l'objet de ces prélèvements mais permet seulement leur identification par les empreintes génétiques »<sup>37</sup>.*

## **2. – L'application à l'espèce**

Le Conseil constitutionnel a d'abord relevé que l'objectif poursuivi par les examens osseux ne pouvait en soi être regardé comme contraire au principe de dignité de la personne humaine, ces examens visant uniquement à déterminer l'âge d'une personne (paragr. 18).

Il a ensuite relevé, comme dans les décisions n° 2007-557 DC et n° 2010-25 QPC précitées, que ces examens ne peuvent être réalisés sans l'accord de la personne (même paragr.). Enfin, dans le prolongement de la décision n° 2010-25 QPC, il a fait valoir que ces examens *« n'impliquent aucune intervention corporelle interne et ne comportent aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes »* (même paragr.).

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé que *« manquent en fait les griefs tirés de l'atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine et à l'inviolabilité du corps humain »* (même paragr.).

Après avoir écarté les autres griefs, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les deuxième et troisième alinéas de l'article 388 du code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

---

<sup>37</sup> Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. (Fichier empreintes génétiques)*, cons. 13 et s.