
Décision du Défenseur des droits n°2021-050

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ratifiée par la France le 7 août 1990 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par la France le 18 février 2010 ;

Vu le Code civil,

Vu le code de la santé publique ;

Saisie par l'association Z qui dénonce les conditions de prise en charge de Monsieur X, dans le service de chirurgie orthopédique et traumatologique pédiatrique de l'hôpital Y, et la réalisation d'un examen radiologique osseux sur sa personne aux fins de déterminer son âge ;

Conclut à l'existence de défaillances du service public ayant entraîné une atteinte grave à l'intérêt supérieur et aux droits du jeune X ainsi que la violation de ses droits comme patient et usager du service public par l'établissement de santé ;

Prend acte de l'engagement, par l'établissement Y, d'une action de sensibilisation des professionnels sur le cadre légal des examens radiologiques osseux et de la diffusion au sein de l'établissement du guide relatif à l'accueil et l'accompagnement des mineurs non accompagnés publié par l'établissement public de santé de W ;

Recommande :

- à l'hôpital Y de :
 - mettre en place et diffuser à l'ensemble des professionnels de l'établissement un protocole de prise en charge des mineurs non accompagnés, de façon à respecter l'intérêt supérieur de l'enfant et à respecter ses droits dans le cadre de sa prise en charge médicale ;
 - organiser une formation des professionnels concernés de l'établissement à la prise en charge des mineurs non accompagnés ;
 - réaliser un accompagnement social adapté lors de la sortie d'hospitalisation d'un enfant mineur non accompagné aux fins d'assurer sa prise en charge en vue d'une mise à l'abri ;

- à la direction générale de l'établissement public de santé de W de :
 - mener un audit interne relatif aux conditions de prise en charge des mineurs non accompagnés dans l'ensemble de ses établissements concernés et en rendre compte au Défenseur des droits ;
 - diffuser à l'ensemble de ses établissements de santé une note relative au cadre légal entourant la pratique des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge.

Claire HÉDON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

I. Rappel des faits

1. La Défenseure des droits a été saisie de la réclamation de l'association Z pour Monsieur X, mineur non accompagné de nationalité malienne, né le 7 mars 2003, sur les actes réalisés lors de sa prise en charge au sein de l'hôpital Y appartenant à l'établissement public de santé de W. Monsieur X a été hospitalisé au sein du service de chirurgie orthopédique et traumatologique pédiatrique pour une opération d'un abcès de la cuisse. Il a été opéré le 19 décembre 2018 et son hospitalisation s'est prolongée jusqu'au 21 décembre 2018.
2. L'association Z ne pouvant proposer une solution d'accueil adaptée au statut de mineur et aux soins post-opératoires, le service de chirurgie orthopédique et traumatologique pédiatrique a appelé le service d'accueil d'urgence « 115 » en indiquant que le patient était majeur afin de l'inscrire au dispositif de mise à l'abri d'urgence. Sans solution d'accueil, le service hospitalier a pris la décision de garder Monsieur X jusqu'au 2 janvier 2019.
3. Le 3 janvier 2019, une infirmière de l'association Z a constaté que Monsieur X s'était vu remettre trois ordonnances pour que ses soins post-opératoires soient réalisés par une infirmière libérale. L'infirmière a contacté le service de chirurgie orthopédique et traumatologique pédiatrique pour que ces soins soient réalisés au sein de l'hôpital Y, ce qui aurait été refusé par le service.
4. A la suite de ce refus, l'infirmière de l'association Z a recontacté le service de chirurgie. Le cadre de service lui aurait alors indiqué qu'un examen radiologique osseux, ou « test osseux », avait été réalisé sur Monsieur X par les membres du personnel soignant du service et que ce test indiquait que le patient était âgé de 23 ans. Elle aurait précisé que « ce test [avait] été décidé en interne car l'administration hospitalière leur réclamerait 25 000 euros pour le séjour d'hospitalisation du jeune [X] ».

II. Instruction du Défenseur des droits

5. Par courrier du 27 août 2019, les services du Défenseur des droits ont interrogé la direction de l'hôpital Y afin de savoir si l'examen radiologique osseux sur la personne de Monsieur X avait été réalisé sur décision de l'autorité judiciaire et si le personnel soignant avait informé le patient et recueilli son consentement à la réalisation de cet examen.
6. Par courrier en date du 27 septembre 2019, l'établissement a porté à l'attention du Défenseur des droits différents éléments de réponse quant à la réclamation de l'association Z pour Monsieur X.
7. Il a confirmé « qu'un examen radiologique osseux [avait] été réalisé dans le but d'adapter la prise en charge et d'orienter la patient vers une structure d'accueil adaptée ». Il a ajouté que « les équipes concernées ignoraient la nécessité de disposer d'une autorisation judiciaire. Elles ont été sensibilisées à cette obligation ».
8. Par courriel du 10 octobre 2019, relancé le 12 novembre 2019, le Défenseur des droits a demandé des précisions aux services de l'hôpital Y quant à la facture de 25 000 euros qui aurait été émise à l'égard de Monsieur X à la suite de son hospitalisation.
9. Par courriel du 14 novembre 2019, l'établissement a indiqué aux services du Défenseur des droits que « le responsable du service de la gestion administrative des patients [leur avait]

confirmé qu'aucune dette n'était due par Monsieur X, les frais de séjour ayant été intégralement pris en charge ».

10. Le 19 décembre 2019, le Défenseur des droits a adressé à la direction de l'hôpital Y une note récapitulative à laquelle la directrice Qualité et gestion des risques a répondu le 27 janvier 2020 sans contester les éléments présentés.
11. Néanmoins, l'établissement a précisé avoir engagé une « *action de sensibilisation des professionnels sur le contexte légal des examens radiologiques osseux* ». Il a également indiqué que les cadres de santé auraient été sensibilisés par le service social de l'établissement aux conditions d'accueil et d'accompagnement des mineurs non accompagnés. Enfin, l'établissement s'est engagé à effectuer une large diffusion du guide relatif à l'accueil et l'accompagnement des mineurs non accompagnés publié par l'établissement public de santé de W en décembre 2018.

III. Cadre juridique

12. En application de l'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé de défendre les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international ainsi que de défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public.

a) Le Code civil

13. L'article 388 du Code civil, complété par l'article 43 de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, dispose que « *le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé. Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé. En cas de doute sur la minorité de l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires* ».
14. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 octobre 2018¹ portant sur la réalisation d'un examen radiologique osseux sur une jeune fille mineure, a rappelé l'obligation légale que tout examen radiologique osseux soit réalisé sur unique décision de l'autorité judiciaire, lorsque des doutes existent sur l'état civil de la personne. Sur la question du consentement à l'examen, la Cour de cassation énonce que la loi n'impose pas que le consentement prenne une forme écrite, dès lors que les conditions sont remplies pour recueillir le consentement dans le respect des règles déontologiques.
15. Par son arrêt du 21 décembre 2018, la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 388 du Code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016.
16. Dans sa décision du 21 mars 2019², le Conseil constitutionnel considère que les deuxièmes et troisièmes alinéas de l'article 388 du Code civil, dans sa rédaction résultant de la loi n°

¹ Cour de cassation – Première chambre civile – 3 octobre 2018 – n° 18-19.442.

² Conseil constitutionnel – Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, sont conformes à la Constitution.

17. Le Conseil constitutionnel souligne que « *ces dispositions contestées autorisent le recours à un examen radiologique osseux aux fins de contribuer à la détermination de l'âge d'une personne. En l'état des connaissances scientifiques, il est établi que les résultats de ce type d'examen peuvent comporter une marge d'erreur significative* ».
18. Il déclare ces dispositions conformes à la Constitution en réaffirmant cependant les trois conditions préalables et nécessaires à la réalisation des examens radiologiques osseux : « *en premier lieu, seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen. En deuxième lieu, cet examen 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. Il appartient à l'autorité judiciaire de s'assurer du respect du caractère subsidiaire de cet examen. En troisième lieu, 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* ».
19. Sur l'appréciation de l'âge de la personne après la réalisation d'un tel examen, le Conseil constitutionnel indique que « *le législateur a pris en compte, dans les garanties qu'il a établies, l'existence de la marge d'erreur entourant les conclusions des examens radiologiques. 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* ».
20. Dans son commentaire de décision, le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, admis qu' « *en l'état des connaissances scientifiques, il est établi que les résultats de ce type d'examen peuvent comporter une marge d'erreur importante* ».
21. Le Conseil constitutionnel a également reconnu les difficultés du recours à cette technique d'évaluation de l'âge en soulignant que « *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* ».

b) Le code de la santé publique

22. L'article L.1111-4 du code de la santé publique (CSP) dispose que : « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Toute personne a le droit de refuser ou de ne pas recevoir un traitement. Le suivi du malade reste cependant assuré par le médecin, notamment son accompagnement palliatif.*
Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient. Le médecin sauvegarde la dignité

du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10.

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment. (...) ».

23. L'article R.4127-35 du CSP dispose que : *« Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension (...) ».*
24. L'article R.4127-36 du CSP dispose 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 la personne de confiance, à défaut, la famille ou un de ses proches ait été prévenu et informé, 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 R. 4127-42 ».*
25. L'article R.4127-42 du CSP susmentionné dispose que : *« Sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5, un médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement. En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires. Si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible ».*

IV. Analyse

a) Sur la réalisation de l'examen radiologique osseux

26. La réalisation d'un examen radiologique osseux dans le but de déterminer l'âge exact d'une personne est possible lorsque trois conditions successives, subordonnées et cumulatives prévues par l'article 388 du code civil sont remplies :
 - les examens ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire ;
 - les examens ne peuvent être réalisés qu'en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable ;
 - les examens ne peuvent être réalisés qu'après recueil de l'accord de l'intéressé.
27. En premier lieu, seule l'autorité judiciaire peut décider de recourir à un tel examen, à qui il appartient de s'assurer que les critères pour en demander la réalisation sont réunis, à savoir l'absence de documents d'identité valables et la non vraisemblance de l'âge allégué.
28. En l'espèce, l'hôpital Y n'a pas réalisé ce test sur demande de l'autorité judiciaire puisque *« les équipes concernées ignoraient la nécessité de disposer d'une autorisation judiciaire ».*
29. Au contraire, cet examen radiologique osseux a été réalisé à l'initiative de l'hôpital Y *« dans le but d'adapter la prise en charge et d'orienter le patient vers une structure d'accueil adaptée ».*
30. Cette première condition n'étant pas remplie, sans que l'appréciation des autres conditions soit nécessaire, la réalisation de l'examen consistant en un examen radiologique osseux est illégale.

31. La Défenseure des droits souligne à ce titre, que l'emploi par l'hôpital Y des termes « *disposer d'une autorisation judiciaire* » témoigne de la méconnaissance et de l'incompréhension du cadre légal relatif aux examens radiologiques osseux par le personnel hospitalier.
32. Elle rappelle que la volonté du législateur n'est pas de donner aux personnels de santé l'opportunité de réaliser les examens radiologiques osseux sur autorisation de l'autorité judiciaire. Les examens radiologiques osseux sont uniquement possibles en application d'une décision émanant de l'autorité judiciaire et ce dans le seul but légalement admis de lever les doutes portant sur l'état civil d'une personne mineure lorsque celui-ci ne semble pas vraisemblable.
33. La Défenseure des droits ne saurait donc retenir l'argument avancé par l'hôpital Y selon lequel le test a été réalisé pour adapter la prise en charge du patient.
34. En deuxième lieu, cet examen ne peut intervenir qu'après que l'accord éclairé de l'intéressé a été recueilli, le Conseil constitutionnel précisant que cela doit se faire dans une langue qu'il comprend.
35. Ce recueil du consentement, prévu par l'article 388 du Code civil, est nécessairement à distinguer du consentement médical puisqu'il constitue un préalable obligatoire à la décision judiciaire de réalisation d'un tel test.
36. En espèce, l'autorité judiciaire n'ayant pas décidé du recours à un tel examen, X n'a pas pu exercer son droit à refuser l'examen au sens de l'article 388 du Code civil.
37. De surcroît, il ressort de l'instruction réalisée par les services du Défenseur des droits qu'X n'a pas été informé qu'un examen radiologique osseux allait être réalisé au cours de son opération pour un abcès de la cuisse. Ainsi, il n'a pu consentir à cet acte médical au sens de l'article 1111-4 du CSP.
38. L'hôpital Y ne conteste pas ne pas avoir informé Monsieur X de la réalisation de cet examen, et ne conteste pas ne pas avoir recueilli le consentement de ce dernier avant de procéder à l'acte médical.
39. En conséquence, la Défenseure des droits constate que la réalisation d'un examen radiologique osseux sur la personne d'X, à l'initiative de l'établissement de santé, et sans avoir recueilli le consentement de la personne concernée, est contraire aux dispositions législatives ainsi qu'aux règles de la déontologie des médecins figurant aux articles 388 du Code civil, L.1111-4, R.4127-35, R.4127-36 et R.4127-42 du code de la santé publique.
40. La Défenseure des droits prend acte de l'engagement, par l'établissement, d'une action de sensibilisation des professionnels sur le cadre légal des examens radiologiques osseux.
41. Toutefois, les défaillances du service public décrites précédemment ont entraîné une atteinte grave à l'intérêt supérieur et aux droits du jeune X ainsi que la violation de ses droits comme patient et usager du service public.

b) Sur les conséquences tirées par l'hôpital des résultats de l'examen radiologique osseux

42. Lors de sa réclamation, l'association Z indiquait que le service de chirurgie orthopédique et traumatologique pédiatrique aurait appelé le service d'accueil d'urgence « 115 » en indiquant que le patient était majeur pour l'inscrire au dispositif de mise à l'abri d'urgence.

43. La Défenseure des droits en déduit que l'établissement de santé n'a pas respecté l'alinéa 3 de l'article 388 du Code civil qui dispose 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. Le doute profite à l'intéressé* ».
44. En indiquant que le patient était majeur, le personnel soignant de l'établissement s'est uniquement fondé sur l'examen réalisé de manière manifestement illégale et a outrepassé ses fonctions et ses pouvoirs en remettant en cause l'état civil de Monsieur X auprès du service d'accueil d'urgence « 115 ».
45. L'hôpital Y ne conteste pas avoir agi hors des cadres légaux et avoir outrepassé ses fonctions.
46. Enfin, concernant la prise en charge générale de Monsieur X au sein de l'établissement, la direction juridique de l'établissement public de santé de W a publié en décembre 2018 un guide de bonnes pratiques sur la conduite à tenir dans le cadre des prises en charges médicales des mineurs non accompagnés (MNA) : « *Accueil et accompagnement des mineurs non accompagnés. Points de repères juridiques et recommandations* ».
47. Ce document indique que « *concernant la sortie d'hospitalisation, les services de l'ASE [aide sociale à l'enfance] sont compétents pour mettre en œuvre la sortie. A défaut, et dans le cadre d'un dialogue, le représentant de la direction de l'hôpital (ou l'administrateur de garde) pourra, afin d'éviter la prolongation inutile de l'hospitalisation, désigner un professionnel pour accompagner le mineur dans la structure d'accueil désignée par l'ASE. En aucune manière, le jeune ne doit sortir seul pour se rendre dans cette structure d'accueil. Le MNA peut être encore également en cours d'évaluation auprès d'un dispositif départemental d'évaluation (DEMIE à Paris). Il revient à l'hôpital de s'en assurer et de contacter les gestionnaires de ce dispositif afin d'organiser au plus vite sa "mise à l'abri" au sein d'une structure d'hébergement adaptée, ceci le temps de son évaluation. Dans le cadre d'une consultation, si le mineur n'est pas connu par ce dispositif, qu'il déclare être mineur ou est porteur de documents d'identité attestant de sa minorité, il doit être orienté vers ce dispositif. Il est important que le mineur soit accompagné par un membre du personnel hospitalier que la direction ou l'administrateur de garde aura désigné* ».
48. En l'espèce, les services de l'hôpital ne se sont pas rapprochés de l'aide sociale à l'enfance, en passant outre la présomption de minorité dont bénéficiait Monsieur X. Sa sortie n'a dès lors pas été organisée par l'établissement et Monsieur X n'a pas été accompagné jusqu'à une structure d'hébergement.
49. En conséquence, la Défenseure des droits conclut à l'existence de défaillances du service public ayant entraîné une atteinte grave à l'intérêt supérieur et aux droits du jeune X ainsi que la violation de ses droits comme patient et usager du service public.
50. La Défenseure des droits prend acte de l'engagement, par l'établissement Y, de la diffusion au sein de l'établissement du guide relatif à l'accueil et l'accompagnement des mineurs non accompagnés publié par l'établissement public de santé de W.

V. Décision

La Défenseure des droits constate que la réalisation d'un examen radiologique osseux sur la personne de Monsieur X, à l'initiative de l'établissement de santé, et sans avoir recueilli le consentement de la personne concernée, est contraire aux dispositions législatives ainsi qu'aux règles de la déontologie des médecins figurant aux articles 388 du Code civil, L.1111-4, R.4127-35, R.4127-36 et R.4127-42 du code de la santé publique.

La Défenseure des droits conclut à l'existence de défaillances du service public ayant entraîné une atteinte grave à l'intérêt supérieur et aux droits du jeune X ainsi que la violation de ses droits comme patient et usager du service public.

La Défenseure des droits prend acte de l'engagement, par l'établissement, d'une action de sensibilisation des professionnels sur le cadre légal des examens radiologiques osseux ainsi que de la diffusion au sein de l'établissement du guide relatif à l'accueil et l'accompagnement des mineurs non accompagnés publié par l'établissement public de santé de W ;

La Défenseure des droits recommande :

- à l'hôpital Y de :
 - mettre en place et diffuser à l'ensemble des professionnels de l'établissement un protocole de prise en charge des mineurs non accompagnés, de façon à respecter l'intérêt supérieur de l'enfant et à respecter ses droits dans le cadre de sa prise en charge médicale ;
 - organiser une formation des professionnels concernés de l'établissement à la prise en charge des mineurs non accompagnés ;
 - réaliser un accompagnement social adapté lors de la sortie d'hospitalisation d'un enfant mineur non accompagné aux fins d'assurer sa prise en charge en vue d'une mise à l'abri ;
- à la direction générale de l'établissement public de santé de W de :
 - mener un audit interne relatif aux conditions de prise en charge des mineurs non accompagnés dans l'ensemble de ses établissements concernés et en rendre compte au Défenseur des droits ;
 - diffuser à l'ensemble de ses établissements de santé une note relative au cadre légal entourant la pratique des examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge.