

Joke CALLEWAERT
Ivo FLACHET
Thomas MITEVOY
Selma BENKHELIFA
Jan BUELENS*
Olivier STEIN
Mieke VAN DEN BROECK
Marie DOUTREPONT
Hind RIAD
Loïca LAMBERT
Leïla LAHSSAINI
Pauline DELGRANGE
Robin BRONLET

asbl Délégation des Médecins Francophones en
Formation
CLOS DES PAPETERIES 42
1390 GREZ-DOICEAU
BELGIQUE

PAR EMAIL

Date : 8 novembre 2022
V. réf. : *
N. réf. : 280223/LLA/HR
Concerne : Avis concernant la réalisation de tests osseux

Madame, Monsieur,

Nous revenons vers vous suite à votre demande d'avis concernant la demande aux médecins radiologues de garde (pour la plupart en cours de formation) de plusieurs hôpitaux de réaliser des tests de déterminations d'âges osseux.

Vous trouverez ci-dessous notre avis.

Nous espérons que l'avis répond à votre demande et restons à votre disposition pour de plus amples informations.

CONSULTATIE OP AFSpraak
CONSULTATION SUR RENDEZ-VOUS

PROGRESS Lawyers Network
Brussels
CVBA - SCRL

Haachtsesteenweg 55
Chaussée de Haecht 55
B - 1210 Brussel-Bruxelles
T +32 (0)2 215 26 26
F +32 (0)2 215 80 20
voornaam.naam@progresslaw.net
prenom.nom@progresslaw.net
Btw-Tva: BE06 8684 3538
Rek.-compte:
BE36 6300 2427 1681
Bic: BBRUBEBB
Derdenrek.-compte tiers:
BE81 6301 9509 2624

Annelies NACHTERGAELE

Hind RIAD

1. Explication de la question

Il est régulièrement demandé aux médecins radiologues de garde (pour la plupart en cours de formation) de plusieurs hôpitaux de réaliser des déterminations d'âges osseux.

Cet examen vise à orienter le mineur étranger non accompagné (MENA) vers le juge d'instruction/Procureur du Roi ou le juge de la jeunesse. Cette détermination d'« âge osseux » est une pratique selon laquelle, sur base d'un examen radiographique, un radiologue tente de déterminer l'âge chronologique d'un patient.

Dans le cadre cette procédure pénale, une simple radiographie de poignet est effectuée sous réquisitoire du Parquet en lieu et place du triple test (clavicule, poignet, dents) utilisé normalement par le service des tutelles.

L'interprétation de ces âges osseux est de plus réalisée par des médecins spécialistes en formation, n'ayant reçu aucune formation spécifique en ce sens et qui doivent endosser la responsabilité légale de l'âge ainsi déterminé.

2. Test d'âge dans le cadre d'une procédure pénale

La première question qui se pose concerne le cadre légal qui régit les tests d'âge effectués à la demande du procureur du Roi ou des juridictions répressives dans le cadre d'une procédure pénale.

Cela permet ensuite de déterminer si le médecin réquisitionné pour cette mission a la possibilité de refuser la mission, et les conditions légales auxquelles il doit prêter attention s'il accepte de l'effectuer.

a. La Loi tutelle

Au préalable, il convient de rappeler que la loi Tutelle¹ s'applique à toute personne qui répond à la définition d'un mineur étranger non-accompagné (MENA).² En particulier, l'article 6 de la loi Tutelle dispose que toute autorité qui a connaissance de la présence, à la frontière ou sur le territoire, d'une personne qui déclare être âgée de moins de 18 ans, et qui paraît remplir les conditions de la définition d'un MENA, en informe immédiatement le service des tutelles. Dès qu'il a reçu cette information, le service des tutelles doit prendre en charge le (potentiel) MENA, et un tuteur lui doit être désigné. Même en cas d'extrême urgence, un tuteur provisoire doit être désigné. Aucune disposition de loi ne prévoit d'exception en cas d'arrestation de la personne par les services de police ou de procédure pénale.

Une personne interpellée par les services de police qui déclare être mineure, devrait donc être immédiatement signalée auprès du service des tutelles, et un tuteur provisoire devrait lui être désigné, peu importe les circonstances dans lesquels il est venu en contact avec la police.

Il semblerait que les services de police ne respectent pas toujours ces obligations légales, puisque les tests osseux d'âge sont effectués sans que le service des tutelles en soit informé à l'avance.

¹ La loi-programme (I) du 24 décembre 1992.

² Art. 5 et 5/1.

b. Compétence d'identification du service des tutelles versus compétence des juridictions répressives

Selon la jurisprudence et la doctrine, **la compétence d'identification du service des tutelles n'empêche pas le procureur du Roi ou le juge d'instruction de recourir au concours d'un médecin-expert**, chargé de procéder à un examen osseux de l'intéressé, afin de déterminer la compétence du tribunal de la jeunesse ou du juge d'instruction lorsqu'il existe une contestation sur l'âge d'un inculpé qui se déclare mineur d'âge.³

La Cour de cassation a notamment décidé ce qui suit:

“Le chapitre VI du titre XIII de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, relatif à la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, attribue au service des Tutelles une compétence d'identification en vertu de laquelle cet organisme peut, notamment, faire vérifier au moyen d'un test médical si la personne est ou non âgée de moins de dix-huit ans.
Cette compétence n'est pas, contrairement à ce que le moyen soutient, exclusive du pouvoir des juridictions répressives d'apprécier en fait si la minorité alléguée par un inculpé ou un prévenu est établie. Ces juridictions en décident sans que la loi n'assujettisse la question à un mode spécial de preuve.”⁴

L'avocat-général auprès de la Cour de cassation explique cela sur base de l'autonomie du droit pénal :

“Sur ce point, le juge d'appel considère, à bon droit à mon sens, qu'à l'égard de l'appréciation de la compétence *ratione aetatis* du tribunal de la jeunesse saisi des réquisitions du ministère public envers une personne poursuivie du chef d'un fait qualifié infraction commis avant l'âge de 18 ans accomplis (art. 36, 4° de la loi du 8 avril 1965), la décision du service des tutelles est en elle-même dépourvue d'effet. Ceci est conforme au principe de l'autonomie du droit pénal, le juge pénal ou le juge de la jeunesse étant appelé à statuer sur la question de l'état de minorité selon les règles de la preuve en matière répressive.”⁵

De plus, en matière pénale, la preuve du fait litigieux peut être établie par toutes voies de droit.⁶ L'âge de l'inculpé ou du prévenu ne doit pas être prouvé par un mode spécial de preuve.⁷ Il n'est donc pas légalement requis que le “triple test” soit effectué pour déterminer l'âge de la personne. Un simple examen radiologique du poignet peut être suffisant, selon l'appréciation du juge d'instruction ou de la jeunesse. Il ressort d'ailleurs de la pratique que les résultats de cet examen sont très souvent plus favorables au jeune que le “triple test” effectué à la demande du service des tutelles.

C'est également ce qui est expliqué dans la **circulaire n° 15/2016** du collège des procureurs généraux près les cours d'appel du 2 juin 2016 qui formule des directives pour la police et le parquet concernant les initiatives et premières mesures à prendre en cas d'interpellation d'un MENA.⁸ La circulaire indique qu'en cas de doute concernant l'âge du MENA, la police doit en informer le parquet compétent qui sollicitera un examen osseux afin de déterminer si la personne est réellement mineure. En cas d'urgence, l'examen se limitera à un examen radiologique du poignet.

³ Cass. 24 mars 2010, Pas. 2010, 979; M-A BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, tome I, 9^{ème} édition, 2021, p. 1155; J DEKOKER et F. VROOMAN, “Het gerechtelijk onderzoek met minderjarige verdachten: het mijneveld ontruimd”, T.Strafr. 2013/2, pp. 84-88.

⁴ Cass. 4 mars 2010, RW 2011-12, p. 911, note B. DE SMET, “Leeftijdsbepaling van de beklaagde door de Dienst Voogdij voor niet-begeleide minderjarige vreemdelingen”.

⁵ Conclusions du Ministère public du 24 mars 2010 dans l'affaire P.10.0407.F, ECLI:BE:CASS:2010:CONC.20100324.2.

⁶ Cass. 2 janvier 2003, RF C.01.01.88.F, Pas., 2003, n° 1.

⁷ Cf. Cass 4 mars 2010, cité ci-dessus.

⁸ http://www.om-mp.be/om_mp/files/en-savoir-plus/circulaires/COL%20PG-2016/NL/COL%2015_2016.zip

Conclusion : La compétence d'identification du service des tutelles n'empêche pas les juridictions répressives d'apprécier elles-mêmes l'âge de l'inculpé ou du prévenu. La preuve de l'âge est libre, et il n'est donc pas contraire à la loi que seuls les résultats d'un examen radiologique du poignet soient déterminants. Il semblerait en pratique que cet examen est généralement plus favorable au jeune que le "triple test" effectué à la demande du service des tutelles.

c. Le test d'âge est une expertise médicale

Il convient de souligner qu'aucune disposition légale ne régit spécifiquement la réquisition d'un médecin pour déterminer l'âge d'une personne interceptée dans le cadre d'une procédure pénale. La circulaire n° 15/2016 n'a pas de force législative, et ne contient qu'une application pratique ou une interprétation de la loi.

Puisque le médecin réquisitionné par le Procureur du Roi ou le juge d'instruction intervient en tant qu'expert, il appartient d'examiner le droit applicable à l'expertise en matière pénale. Les modalités de l'expertise diffèrent en fonction de la qualité de la personne qui l'ordonne : le juge d'instruction ou le procureur du Roi. Nous répondrons également à la question de la possibilité pour le médecin (en formation) de refuser d'effectuer la mission d'expertise.

i. Expertise ordonnée par le juge d'instruction

Le juge d'instruction peut désigner un expert judiciaire dans le cadre de l'instruction (art. 43 Code d'instruction criminelle.). Le procureur du Roi peut également accomplir un tel acte d'instruction en cas de flagrant délit.⁹ Un médecin pourrait donc être désigné en tant qu'expert judiciaire afin de déterminer l'âge d'une personne dans le cadre d'une instruction menée par le juge d'instruction ou d'une information menée par le procureur du Roi (mais uniquement en situation de flagrant délit).

Conformément aux articles 555/6 à 555/16 Code judiciaire, seul un expert judiciaire inscrit au registre national des experts judiciaires peut être désigné. Toutefois, en cas d'urgence ou si aucun expert judiciaire ayant l'expertise et la spécialisation requises n'est disponible, le juge ou procureur du Roi peut, par une décision motivée, désigner un expert non inscrit au registre national, (art. 555/15). Il intervient alors en tant qu'expert judiciaire pour la mission confiée.

Dans le cadre de la problématique soumis à cet avis, le médecin spécialiste en formation ne sera en principe pas inscrit dans le registre national, mais sera désigné en tant qu'expert judiciaire en raison de l'urgence ou de l'indisponibilité d'un expert inscrit au registre national.

Une décision motivée justifiant la désignation d'un expert non-inscrit au registre national est alors requise. Il peut être recommandé au médecin spécialiste en formation désigné comme expert judiciaire de solliciter la production de cette décision avant d'effectuer un quelconque acte médical.

1. Possibilité de refuser la mission

L'article 555/16 du Code judiciaire stipule que l'expert judiciaire peut décider de ne pas accepter une mission. Il n'est pas requis qu'il motive son refus par écrit, et il ne risque pas de sanctions.

Seule une sanction existe pour l'expert judiciaire inscrit au registre national : s'il refuse de manière répétée et injustifiée les missions qui lui sont confiées, il peut se voir radier de la liste des experts. Ceci n'est cependant pas pertinent dans le cas d'espèce puisque le médecin spécialiste en formation ne sera en principe pas inscrit au registre national.

⁹ Le flagrant délit est défini à l'article 41 du Code d'instruction criminelle comme le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre.

Par ailleurs, l'article 4, alinéa 2 du **Code de déontologie des experts judiciaires** stipule que

« [l']expert judiciaire n'acceptera que les missions pour lesquelles il possède les compétences et l'expérience professionnelle requises. En outre, l'expert judiciaire refusera la mission si ses occupations professionnelles ou d'autres missions qui lui ont déjà été confiées ne lui permettent pas de disposer du temps nécessaire pour la mener à bien dans le délai imparti. »

C'est aussi la teneur du **Code de déontologie médicale** dont les commentaires de l'ordre des médecins indique :

*« S'il estime ne pas disposer des compétences ou de l'impartialité nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il doit la refuser ».*¹⁰

En outre, dans son avis quant à l'administration de calmants par un médecin appelé par la police, le **conseil national de l'Ordre des médecins** confirme qu'un médecin ne peut être contraint à accomplir un acte médical sur réquisition du parquet ou du juge d'instruction :

« Bien qu'un médecin soit tenu d'intervenir suite à toute réquisition du parquet ou du juge d'instruction, cette réquisition implique sur le plan légal l'obligation d'accomplir un acte médical uniquement dans la situation précitée du prélèvement sanguin.

*Dans toutes les autres situations, le médecin conserve son autonomie professionnelle telle que garantie par la loi et la déontologie. Elle lui permet de procéder à une évaluation professionnelle de la situation et de décider en toute indépendance de poser ou non l'acte médical. »*¹¹

Finalement, le conseil national de l'Ordre des médecins s'est déjà exprimé sur les tests osseux effectués pour déterminer l'âge d'un MENA, et a souligné l'importance des compétences et expertises suffisantes pour effectuer de tels examens.

Dans son avis du 14 octobre 2017, le conseil souligne que le « *médecin chargé d'évaluer l'âge d'une personne doit avoir une compétence professionnelle suffisante dans le domaine soumis à son appréciation et garder son indépendance et sa pleine liberté professionnelle* », et qu'une « *évaluation fine nécessite des compétences qui relèvent de spécialités médicales différentes : endocrinologie pédiatrique, radiologie pédiatrique, stomatologie, odontologie et pédopsychiatrie* ». ¹²

Dans son avis du 20 février 2010, le conseil indiquait déjà que « *[l']interprétation d'une radiographie n'est pas une méthode infaillible pour déterminer l'âge d'une personne* » et que « *[c]ette interprétation requiert une expertise spécifique* ».

D'autre part, le conseil insiste que « *l'examineur doit disposer du temps nécessaire et des conditions propices à la réalisation d'un test de qualité* ». ¹³

Conclusion: Un médecin désigné en tant qu'expert judiciaire par le juge d'instruction ou le procureur du Roi pour effectuer un examen osseux afin de déterminer l'âge d'une personne **peut donc refuser cette mission, sans encourir de sanctions**. Vu le code de déontologie médicale et les

¹⁰ Voir l'article 44 du code de déontologie médicale commentée, <https://ordomedic.be/fr/code-2018/verantwoordelijkheid/44>.

¹¹ <https://ordomedic.be/fr/avis/deontologie/etat-de-necessite/administration-de-calmants-par-un-medecin-appelle-par-la-police>.

¹² <https://ordomedic.be/fr/avis/deontologie/mineurs-dage/tests-osseux-de-determination-d-age-des-mineurs-et-rangers-non-accompagnes-mena>.

¹³ <https://ordomedic.be/fr/avis/deontologie/consentement-eclairé/tests-de-determination-d-age-des-mineurs-et-rangers-non-accompagnes>.

avis du conseil nationale de l'Ordre des médecins précités, le refus est d'autant plus justifié s'il s'agit d'un médecin en formation et de garde n'ayant ni les compétences ou l'expérience professionnelle requises ni le temps nécessaire pour mener cet examen à bien.

2. Modalités de l'expertise

L'expert doit être désigné nominativement par un réquisitoire écrit et signé. Celui-ci peut être établi alors que l'expert a déjà entamé sa mission.¹⁴ Rien n'empêche le juge d'instruction ou le procureur du Roi de charger un collège d'experts de la mission mais ceux-ci doivent être repris nominativement dans le réquisitoire de désignation.

Il n'est en principe donc pas suffisant que le réquisitoire sollicite l'intervention d'un hôpital, sans désigner un médecin en particulier.

Sous peine de nullité, le **médecin-expert doit signer son rapport** et faire précéder sa signature du serment prescrit à l'article 555/15 du Code judiciaire.

ii. Expertise ordonnée par le procureur du Roi

Hors le cas du flagrant délit ou crime, aucune expertise dans le sens strict du terme ne peut être ordonnée par le procureur du roi ou par un officier de police judiciaire (art. 43 et 44 code d'instruction criminelle).

Toutefois, **rien n'empêche le procureur du Roi de demander l'avis d'une personne ayant les connaissances requises**,¹⁵ sans qu'elle soit désignée comme expert judiciaire. Ce conseil technique peut être un expert qui intervient habituellement comme expert judiciaire devant les juridictions. Les dispositions du code judiciaire concernant l'expertise judiciaire ne sont pas d'application, et la désignation et mission de la personne spécialisée ne sont pas soumises aux mêmes conditions. N'importe quelle personne ayant les connaissances requises peut donc être sollicitée par le procureur du Roi en tant que conseil technique.¹⁶

Par conséquent, lorsqu'un médecin est réquisitionné par le procureur du Roi pour effectuer un examen radiologique afin de déterminer l'âge de l'intéressé, **le médecin intervient en principe en tant que conseil technique, et non pas comme expert judiciaire.**

1. Possibilité de refuser la mission

Sauf exceptions prévues par la loi (tel que le flagrant délit), les actes de police judiciaire et d'information à la demande du procureur du Roi ne peuvent comporter aucune mesure de contrainte ou d'atteinte aux droits et libertés individuels (art. 28bis, § 3 C.i.cr.).

Puisqu'aucune exception légale n'est prévue en cas d'examen osseux afin de déterminer l'âge d'une personne, ni l'intéressé ni le médecin en tant que conseil technique ne peuvent être contraints à participer à ce type d'examen médical.

Le parallèle peut être fait avec la réquisition d'un médecin pour le prélèvement sanguin afin de déterminer l'état d'ivresse de l'auteur présumé ou de la victime, prévu à l'article 44bis du Code d'instruction criminelle. Pour ce type d'acte médical, il est prévu explicitement que le médecin requis d'opérer le prélèvement sanguin ne peut refuser d'y donner suite que dans les cas prévus par

¹⁴ Cass. 7 avril 2004, RG P.04.0391.F, *Pas.* 2004, n° 193.

¹⁵ Cass. 10 septembre 2014, RG P.14.0205.F, *Pas.*, 2014, n° 505.

¹⁶ M-A BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, tome I, 9^{ème} édition, 2021, p. 660-662.

la loi, sous peine de sanctions (voir art. 1 de l'arrêté royal du 10 juin 1959 relatif au prélèvement sanguin en vue du dosage de l'alcool).

A contrario, aucune disposition légale n'oblige un médecin requis par le procureur du Roi à effectuer un examen radiologique pour déterminer l'âge d'une personne, et il ne peut donc pas encourir de sanctions en cas de refus d'effectuer l'examen. C'est d'ailleurs ce que le conseil national de l'Ordre des médecins confirme dans son avis quant à l'administration de calmants par un médecin appelé par la police, cité ci-dessus.¹⁷

Par ailleurs, les éléments repris plus haut ressortant du code de déontologie médicale et des avis du conseil national de l'Ordre des médecins concernant les tests osseux sont également pertinents dans ce cadre-ci. Il en ressort notamment que si le médecin estime ne pas disposer des compétences ou du temps nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il doit la refuser.

Conclusion: Un médecin réquisitionné par le parquet à effectuer un examen osseux afin de déterminer l'âge d'une personne est donc toujours libre de refuser la mission, en particulier s'il estime ne pas disposer des compétences ou du temps nécessaires.

2. Modalités de la réquisition du médecin

Le rapport établi par un conseiller technique n'est soumis à **aucune formalité** et ne constitue pas un rapport d'expertise proprement dit. Il ne doit pas prêter serment avant d'effectuer la mission.¹⁸

La réquisition par le parquet n'est pas non plus soumise à des formalités spécifiques, et il n'est pas explicitement requis qu'il nomme nominativement le médecin. De plus, le procureur du Roi n'exécute pas lui-même les actes de police judiciaire mais agit par délégation donnée aux services de police.¹⁹

Il n'est donc pas problématique que la mission soit communiquée au médecin par le biais des services de police judiciaire. Toutefois, les services de police ne peuvent en principe pas désigner de conseil technique sans instruction du procureur du Roi.²⁰

iii. Consentement de la personne concernée

Que l'intervention du médecin soit sollicitée par le juge d'instruction ou par le procureur du Roi, la question se pose quant à la nécessité du consentement de la personne concernée afin de pouvoir effectuer l'expertise médicale.

Le **droit à l'intégrité physique** est un principe général de droit belge, et est consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits humains (CEDH). Ce droit inclut l'interdiction de soumettre une personne à toute forme de contrainte physique, comme entre autres un examen physique ou psychique.²¹ Ce droit n'est toutefois pas absolu, et il est autorisé d'y faire exception, à condition que cela soit prévu par la loi, et que l'exception constitue une mesure qui, dans une société

¹⁷ <https://ordomedic.be/fr/avis/deontologie/etat-de-necessite/administration-de-calmants-par-un-medecin-appelle-par-la-police>.

¹⁸ Cass. 24 juin 1998, *Pas.* 1998, p. 802.

¹⁹ M-A BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, tome I, 9^{ème} édition, 2021, p. 422.

²⁰ DE SMET, B., CHRISTIAENS, A., HUTSEBAUT, F., "Het optreden van de gerechtsdeskundige in de verschillende stadia van het strafonderzoek" dans X., *Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, VII.2, p. 81.

²¹ Cass. 17 décembre 1998, R. Cass. 1999, nr. 4-5, 197.

démocratique, est nécessaire. La Cour de cassation accepte également qu'une ingérence au droit à l'intégrité physique peut être justifiée si la personne concernée y a consenti.²²

Il en découle qu'une personne ne peut être contraint de participer à une expertise médicale que si la loi le prévoit explicitement ou si la personne concernée donne son consentement.²³

Comme expliqué plus haut, les examens osseux pour déterminer l'âge d'une personne ne sont pas régis par la loi.²⁴ Seul le consentement de l'intéressé peut donc justifier une telle ingérence à son droit à l'intégrité physique.²⁵ Une personne ne peut être contrainte contre son gré à se soumettre à un examen radiologique pour déterminer son âge.

En outre, la **loi relative aux droits du patient** est également d'application aux expertises médicales effectuées dans le cadre d'une procédure pénale ou civile.²⁶ L'article 8 stipule :

« § 1. Le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable. Ce consentement est donné expressément, sauf lorsque le praticien professionnel, après avoir informé suffisamment le patient, peut raisonnablement inférer du comportement de celui-ci qu'il consent à l'intervention.

(...)

§ 2. Les informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement visé au § 1er, concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention.

§ 3. Les informations visées au § 1er sont fournies préalablement et en temps opportun, ainsi que dans les conditions et suivant les modalités prévues aux §§ 2 et 3 de l'article 7.

§ 4. Le patient a le droit de refuser ou de retirer son consentement, tel que visé au § 1er, pour une intervention.

A la demande du patient ou du praticien professionnel, le refus ou le retrait du consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient.

Le refus ou le retrait du consentement n'entraîne pas l'extinction du droit à des prestations de qualité, tel que visé à l'article 5, à l'égard du praticien professionnel.

Si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même.

§ 5. Lorsque, dans un cas d'urgence, il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant visé au chapitre IV, toute intervention nécessaire est pratiquée immédiatement par le praticien professionnel dans

²² Cass. 25 février 1997, A.C. 1997, 280; Pas. 1997, I, 287; Cass. 31 janvier 2001, A.C. 2001, 195, concl. Loop; Rev. dr. santé 2002-03 (abrégé), liv. 3, 158.

²³ C. DESMET, "Het menselijk lichaam als bewijsmiddel in strafzaken", Rev. Dr. Santé 2006-2007, p. 94.

²⁴ A noter que la Cour de cassation estime que des examens radiologiques n'équivalent pas à une exploration corporelle dans le sens de l'article 90bis du code d'instruction criminelle et qui peut être effectuée par contrainte dans certains cas: "dat het nemen van radiologische beelden geen onderzoek aan het lichaam is in de zin van artikel 90bis Wetboek van Strafvordering, daar er bij de radiologie geen 'aanraking' gebeurt van de intieme delen; dat het blootstellen, in wetenschappelijk verantwoorde omstandigheden, aan (alsdan) ongevaarlijke stralen bij radiologie niet kan worden gelijkgesteld met aanraken of betasten; dat straling een term is om een werking aan te duiden die niet aan onmiddellijke aanraking van de werkingsoorzaak kan worden toegeschreven; dat er bij radiologie geen enkel deeltje van het menselijk lichaam wordt weggenomen." Cass. 12 septembre 2000, Pas. 2000, I, 463.

²⁵ Cass. 23 décembre 2003, A.R. P.03.1352.N. Dans cet arrêt la Cour de cassation semble accepter explicitement qu'un examen radiologique n'est pas une ingérence injustifiée lorsque la personne concernée y a consenti.

²⁶ Ceci ressort des travaux préparatoires : La Chambre 2001-02, nr. 1642/001, p. 15.

l'intérêt du patient. Le praticien professionnel en fait mention dans le dossier du patient visé à l'article 9 et agit, dès que possible, conformément aux dispositions des paragraphes précédents. »

Le médecin désigné par le procureur du Roi ou le juge d'instruction en tant que conseil technique ou expert judiciaire ne pourra dès lors effectuer d'examen osseux qu'après avoir obtenu le consentement informé de la personne concernée. La situation d'urgence ne peut justifier une intervention sans le consentement de la personne que dans l'intérêt du patient. Des doutes existent s'il est dans l'intérêt du patient qu'un examen osseux soit effectué dans l'urgence par un médecin n'ayant pas les compétences ou l'expertise requises pour effectuer un tel examen.

L'article 7, § 2 de la loi relative aux droits du patient spécifie les circonstances dans lesquelles les informations doivent être communiquées au patient :

“§ 2. La communication avec le patient se déroule dans une langue claire. Le patient peut demander que les informations soient confirmées par écrit. Le patient a le droit de se faire assister par une personne de confiance ou d'exercer son droit sur les informations visées au § 1er par l'entremise de celle-ci. Le cas échéant, le praticien professionnel note, dans le dossier du patient, que les informations ont été communiquées, avec l'accord du patient, à la personne de confiance ou qu'elles ont été communiquées au patient en la présence de la personne de confiance, et il note l'identité de cette dernière. En outre, le patient peut demander explicitement que les données susmentionnées soient inscrites dans le dossier du patient.”

Il est donc d'une importance primordiale que le médecin puisse communiquer dans un langage clair avec le patient, ce qui peut nécessiter l'intervention d'un interprète.

Dans son avis du 20 février 2010 concernant les tests d'âge des MENA, précité, le **conseil national de l'Ordre des médecins** souligne également l'importance du consentement de la personne :

“En tout état de cause, le test ne peut être réalisé sans le consentement de la personne, qui doit avoir reçu les informations nécessaires concernant la finalité du test, ses contre-indications et les risques inhérents.

Cette information doit être donnée dans un langage clair et compréhensible, le cas échéant par l'intermédiaire d'un interprète.

Le consentement doit être donné expressément.”

Par ailleurs, s'agissant de personne présumée mineure, la question se pose quant à la possibilité de valablement donner son consentement.

En effet, l'article 12 de la loi relative aux droits du patient dispose que :

“[s]i le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur.”

Le paragraphe 2 rajoute :

“Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts.”

Seul le mineur suffisamment mature pour apprécier raisonnablement ses intérêts peut donc donner son consentement sans l'intervention d'un tuteur. A défaut, il convient d'attendre la désignation d'un tuteur provisoire par le service des tutelles, conformément à l'article 6 de la loi Tutelles.

Conclusion : si la personne ne consentit pas à l'examen radiologique, ou s'il n'est pas possible de communiquer les informations nécessaires pour obtenir son consentement informé (par ex. en raison de l'absence d'interprète), il appartient au médecin spécialiste en formation de refuser d'effectuer l'examen, sinon il **risque d'enfreindre le droit à l'intégrité physique de la personne et la loi relative aux droits du patient**.

3. Analyse de la question du point de vue du droit du travail

Une autre question concerne les conséquences possible en droit du travail si un médecin candidat spécialiste refuse de réaliser un test osseux, vu l'absence d'obligation légale de le faire (voir *supra*,. En d'autres termes, ce médecin en question risque-t-il d'être sanctionné par la direction de l'hôpital en raison de son refus ?

Pour répondre à cette question, il faut tant tenir compte du droit du travail que de la déontologie médicale, vu le statut hybride du candidat médecin spécialiste. La fiabilité des test réalisés ainsi que le respect des droits de l'enfant dans le cadre de ses tests sont également des éléments importants à prendre en considération.

a. L'existence d'un lien de subordination

Un candidat médecin spécialiste est un médecin:

“qui suit une formation complémentaire dans une spécialité et est agréé comme tel conformément aux critères en vigueur.”²⁷

Tant la doctrine que la jurisprudence admettent aujourd'hui qu'un candidat médecin spécialiste travaille dans un lien de subordination avec son maître de stage et qu'il doit dès lors être considéré comme un subordonné et non comme un apprenti.²⁸

En tant que subordonné, le médecin candidat spécialiste doit en principe respecter les prescriptions de son contrat de travail et se trouve en lien de subordination vis-à-vis de son maître de stage et de la direction de l'hôpital.²⁹

Nous ne disposons pas d'exemple de contrat de travail mais, sauf erreur de notre part, le contrat ne contiendra probablement pas de disposition particulière quant à la réalisation d'expertises médicales à la demande de la police et du Parquet.

On retombe donc sur le droit du travail général qui prévoit qu'un employé se doit de respecter les consignes et les directives données par la direction, en vertu notamment de l'article 17 alinéas 1 et 2 de la loi sur les contrats de travail du 3 juillet 1978 qui stipule que:

²⁷ Art. 1er, 2°, de l'arrêté royal du 21 avril 1983 fixant les modalités de l'agrégation des médecins spécialistes et des médecins généralistes, M.B., 27 avril 1983

²⁸ Voir notamment: Bruxelles (4e ch.) n° 2013/AR/1363, 24 mai 2016, Con. M. 2017, liv. 4, 159 et <http://www.consiliomanuque.be/> (28 décembre 2017), note REUSENS, I.

²⁹ Exemple de jurisprudence: Gand (1re ch.) 21 décembre 2017, *Rev. dr. santé* 2019-20, liv. 3, 196, note X; Liège (18e ch.) 7 avril 2000, *Rev. dr. santé* 2001-02, 42, note LUTTE, I.; Trib. trav. Charleroi (3e ch.) n° 152.861/A, 3 décembre 2001, *J.T.T.* 2002, liv. 826, 198.

“Le travailleur a l'obligation :

1° d'exécuter son travail avec soin, probité et conscience, au temps, au lieu et dans les conditions convenus;

2° d'agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont données par l'employeur, ses mandataires ou ses préposés, en vue de l'exécution du contrat.”

La réglementation concernant les candidats spécialistes prévoit aussi à l'article 15 de l'arrêté ministériel du 23 avril 2014 modifié par l'article 12 de l'arrêté ministériel du 13 septembre 2016 que le candidat spécialiste se trouve sous l'**autorité du maître de stage et est tenu de suivre les directives qu'il lui donne.**

L'article 17 de l'arrêté ministériel du 23 avril 2014 rappelle également que lors du stage en hôpital, le candidat spécialiste fait partie du personnel médical de l'hôpital.

b. La déontologie médicale, l'autonomie thérapeutique et l'indépendance scientifique et technique

Le candidat médecin spécialiste est toutefois aussi un médecin qui se doit de respecter les règles de déontologie médicale qui règlent sa profession.

En tant que médecin, il est important de souligner que le médecin candidat jouit d'ailleurs toujours d'une autonomie thérapeutique complète, ainsi que d'une indépendance scientifique et technique, même lorsqu'il est dans un lien de subordination.³⁰

L'article 11 de l'arrête royal n° 78 relatif à l'exercice de l'art de guérir prévoit en effet que les médecins ne peuvent être l'objet de limitations réglementaires dans le choix des moyens à mettre en œuvre, soit pour l'établissement d'un diagnostic, soit pour l'institution du traitement et de son exécution.

Le médecin dispose donc d'une **liberté diagnostique et thérapeutique** ayant comme seules limites l'état de son art et la déontologie professionnelle.³¹

C'est dans le cadre de ces obligations déontologiques et de son autonomie thérapeutique et indépendance scientifique qu'il faudra puiser pour motiver le refus d'agir conformément à une instruction donnée.

Nous rappelons tout d'abord que, comme il ressort des développements plus hauts, il n'y a **pas d'obligation** légale de réaliser le test osseux suite à la demande du parquet et/ou d'un juge d'instruction.

Dans ce sens, un refus d'effectuer le test en raison du manque d'expertise (voir avis de l'Ordre de médecins à ce sujet, *supra*), ou parce que le mineur déclaré n'a pas été informé correctement des conséquences du test osseux ou encore parce que le service des tutelles n'a pas été averti (voir *supra*) ne pourrait à notre sens constituer un manquement quant à l'exécution du contrat de travail.

³⁰ Trib. trav. Liège, 11 juin 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 301; C. trav. Mons, 22 avril 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 7. Voir dans le même sens : Trib. trav. Namur, 7 janvier 1980, *J.T.T.*, 1980, p. 236 ; Trib. arr. Marche en Famenne, 26 juin 1976, *J.L.*, 1976-1977, p. 19 ; Trib. trav. Liège, 11 juin 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 301 ; Trib. trav. Bruxelles, 15 décembre 1972, *J.T.T.*, 1974, p. 158.; CLESSE, C., [Étude transversale de quelques professions] Personnel médical, dans CLESSE, C., *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants. Aux frontières de la fausse indépendance*, 271-289.

³¹ LUTTE, I., *Le statut et la responsabilité du médecin candidat spécialiste et du maître de stage*, *T.Gez.* 2001-02, 45-51.

Il y a également lieu de tenir compte des **obligations déontologiques** dans le chef du médecin candidat vis-à-vis de son patient.

La déontologie médicale prévoit en effet au niveau des obligations d'un médecin :

- qu'un médecin "*veille à ce que le patient ou, le cas échéant, ses représentants consentent librement à toute intervention médicale, après avoir été préalablement informés.*" (article 20 du Code de déontologie médicale);

- que tout patient a le droit à son autodétermination (article 17 du Code de déontologie médicale);

-que "*l'activité médicale est guidée par une réflexion éthique, respectueuse du patient, des tiers et de la société. Le médecin ne pose aucun acte contraire à la dignité humaine. Le médecin soigne avec la même conscience tous les patients, sans discrimination* (article 39 du Code de déontologie médicale);

L'obligation de devoir d'information est également détaillée dans l'article 8 de la **loi relative aux droits du patient**, qui prévoit que le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à une information spécifique relative à l'acte pour lequel son consentement est requis, tel que l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières ainsi que les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement.

Concernant l'obligation de devoir d'information vis-à-vis de mineurs, les commentaires stipule que si le mineur est apte à apprécier raisonnablement ses intérêts (suivant son âge et sa maturité), il décide **lui-même** d'accepter ou non les soins proposés (voir aussi *supra*).

En plus des dispositions concernant les droits des patients, il y a lieu de tenir compte de l'article 31 du code de la déontologie médicale qui prévoit que "*les convictions personnelles du médecin ne peuvent compromettre la qualité des soins à laquelle le patient a droit.*" Il s'agit de l'application de la clause de conscience objectée. La clause de conscience est propre au médecin.

C'est un droit individuel reconnu au médecin de ne pas pratiquer un acte médical contraire à sa conscience.³² Même si cela est surtout appliqué dans le cadre d'actes médicaux en vue d'une interruption de grossesse ou d'une euthanasie **à la demande d'un patient**, il nous semble que cette liberté du médecin doit être respectée, y compris par l'institution où le médecin travail.

Tel qu'il a déjà été mis en avant dans la carte blanche de plusieurs médecins en formation, il y a troisièmement lieu de mettre en avant la **contestabilité des tests osseux** ainsi que les effets nocifs pour les mineurs concernés..

En l'occurrence, il ressort en effet de plusieurs études et rapports sur la question, que la réalisation d'un test osseux afin de déterminer l'âge d'un mineur étranger, n'est pas fiable d'un point de vue scientifique.

S'ajoute à cela que de réelles questions se posent quant à la compatibilité d'un tel test avec les droits de l'enfant, tel que consacré notamment par la Convention internationale des droits de l'enfant des Nations Unies, ratifiée par la Belgique en 1990.

C'est notamment sur base de ses deux éléments que le **Conseil de l'Europe** résume dans un rapport concernant la détermination de l'âge auprès de mineurs étrangers qu'aucune procédure ne permet

³² Parl. Sénat, séance 2012-13, 5 - 2173/1

de déterminer avec précision l'âge d'une personne et qu'un test médical ne devrait que se faire lorsque des procédures non-médicales n'apportent pas de résultat concluant :

“There is currently no procedure that can estimate age with determinative accuracy, and all methods have a wide margin of error. It is therefore unacceptable to rely solely on the results of medical examinations when determining a child's age. The margins of error must be applied to the benefit of the individual. While many States allow for the possibility of using medical tests when assessing the age of an individual, these medical examinations must only be performed when non-medical procedures provide inconclusive results.”³³

Concernant en particulier la réalisation d'un test radiographique, le Conseil indique d'ailleurs que ses méthodes exposent potentiellement les enfants à des effets nocifs. Non seulement l'exposition à la radiation mais aussi en raison du stress et parfois même le traumatisme causé :

“Some States employ medical methods involving radiation, potentially exposing children to harmful effects. Some children report finding certain examinations stressful and traumatising. Such examinations must only be used as a measure of last resort, and coupled with efforts to minimise exposure to radiation.”³⁴

Dans le même sens, nous soulignons que le **Comité des droits de l'enfant des Nations Unies**, qui contrôle le respect de la Convention internationale des droits de l'enfant, a condamné à plusieurs reprises l'Espagne pour violation de la Convention dans le cadre de la réalisation de test osseux.

Une des affaires ressemble fortement à la pratique belge. Un jeune MENA algérien qui avait déclaré avoir 17 ans, a été déclaré majeur sur base des résultats d'une radiographie de sa main gauche qui estimait son âge de plus de 19 ans. Suite à ce résultat, il a notamment été détenu en centre fermé et a été traité pendant son séjour en Espagne comme un majeur.

Le Comité souligne dans sa décision plusieurs points importants :

- réaliser uniquement un test médical n'est pas approprié pour obtenir une estimation de l'âge, il faut procéder à une évaluation complète du développement physique et psychologique de l'enfant, qui soit effectuée par des pédiatres et d'autres professionnels capables de combiner différents aspects du développement ;
- ces évaluations devraient être faites sans attendre, d'une manière respectueuse de l'enfant qui tienne compte de son sexe et soit culturellement adaptée, et comporter des entretiens avec l'enfant dans une langue que celui-ci comprend ;
- les documents qui sont disponibles devraient être considérés comme authentiques, sauf preuve du contraire, et les déclarations des enfants doivent être prises en considération. De plus, il est essentiel que la personne évaluée ait le bénéfice du doute.

Elle conclut que :

« Les États devraient s'abstenir d'utiliser des méthodes médicales fondées, notamment, sur les analyses osseuses et dentaires, qui peuvent être imprécises, comporter de grandes marges

³³ Conseil de l'Europe, *Age assessment for children in migration: A human rights-based approach*, décembre 2019, disponible sur: <https://rm.coe.int/ageassessmentchildrenmigration/168099529f>

³⁴ *Ibidem*

d'erreur, et peuvent aussi être traumatisantes et entraîner des procédures juridiques inutiles. »³⁵

Nous rappelons également que le droit à la liberté de pensée et le droit à la liberté d'expression, sont garanties par respectivement les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces dispositions peuvent bien entendu également être invoqué en faveur de médecins candidats spécialistes, qui refuseraient de réaliser un test osseux après demande explicite de leur maître de stage et ou/ de la direction.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, il nous semble qu'on peut conclure qu'un refus motivé de la part d'un médecin candidat spécialiste de ne pas réaliser un test osseux sur un MENA, ne pourrait conduire à de sanctions de la part de son employeur.

c. *Reality check* : refuser une consigne dans un lien de subordination et d'apprentissage en tant que médecin candidat

Il va de soi que refuser une consigne dans le cadre d'une relation de travail, *a fortiori* dans une relation de formation, est très complexe et susceptible d'avoir des conséquences importantes pour le médecin candidat spécialiste.

Nous ne pouvons en aucun cas garantir qu'aucune sanction ne suivra un refus de test osseux, mais sur base des éléments développés plus haut, il nous semble qu'une éventuelle sanction est contestable, si nécessaire à contester au niveau du tribunal du travail.

Malheureusement, nous n'avons à l'heure actuelle pas pu retrouver de jurisprudence à ce sujet.

Comme relevé par la doctrine :

“En cas d'action en justice intentée par le candidat, elles risquent de déboursier plus qu'elles ne l'espéraient. Mais, dans le milieu du monde médical, le candidat médecin spécialiste qui assigne l'établissement auprès duquel il effectue son stage ne se ferme-t-il pas automatiquement des portes pour l'avenir ?”³⁶

Nous vous conseillons donc bien entendu de favoriser le plus possible un dialogue et de menée de manière collective toute action et /ou revendication, pour éviter le plus possible de représailles individuelles à votre égard.

d. La responsabilité du candidat médecin spécialiste et son secret professionnel

Une autre question, accessoire à la démarche de refuser de réaliser un test osseux, pourrait se poser, à savoir la question de la responsabilité du médecin candidat vis-à-vis du patient. Nous abordons brièvement ce point, étant donné que cette question n'a pas été posée de manière explicite.

Schant que le médecin-candidat a une relation de travail subordonné avec son maître de stage et la direction de l'hôpital, sa responsabilité ne peut en principe être mise en cause en cas de dol

³⁵ UN Committee on the rights of the Child, communication no 16/2017, 31 mai 2019, disponible: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsI09QrbuZkrPwaqp%2b0WB86MvMrCA317BKKdOP%2fEzWuX1JWMmSYwAyLg8ofI99b%2ft96bUV9%2fJcBq1T8EQsqjoYO8nFaIv4%2fmGFc6sdp6JGCQS>

³⁶ CLESSE, C., [Étude transversale de quelques professions] Personnel médical, dans CLESSE, C., *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants. Aux frontières de la fausse indépendance*, 271-289.

(manœuvres frauduleuses), de faute lourde ou de faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel.³⁷

Réaliser un test osseux, malgré les problèmes évoqués plus haut (manque d'information et/ou de consentement du patient, pas d'intervention du service des tutelles, manque d'expertise) ne nous semble pas pouvoir entraîner la responsabilité individuelle du médecin candidat eu égard à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.

Enfin, si vous soupçonnez ou constatez que le mineur en question est ou a été victime de mauvais traitement par la police, sachez en tout cas que le Code pénal prévoit une exception à votre obligation de secret professionnel.

Ainsi, l'article 458bis du Code pénal permet au médecin de signaler au procureur du Roi des sévices ou maltraitances, à caractère principalement sexuel, qu'il a constatés au préjudice d'un mineur ou d'une personne vulnérable (p. ex. un enfant, une femme enceinte, une personne atteinte d'une infirmité), si le praticien se trouve dans l'incapacité de protéger le mineur ou la personne vulnérable, seul ou avec l'aide d'un tiers.

Les articles 422bis et 458bis du Code pénal et l'article 29, troisième alinéa du Code de déontologie médicale, visent le même but. Lorsque le médecin peut raisonnablement supposer que la personne vulnérable est ou peut être victime de maltraitance ou de négligence, le médecin peut avertir le procureur du Roi lorsqu'il ne peut pas lui-même ou avec l'aide d'autrui protéger l'intégrité physique ou psychique de cette personne.

Les soupçons du médecin peuvent être éveillés par des constatations cliniques ou des discussions avec le patient ou des tiers lors de la consultation médical.

³⁷ Article 18 loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail. Exemple de jurisprudence: Bruxelles (4e ch.) n° 2013/AR/1363, 24 mai 2016, Con. M. 2017, liv. 4, 159 et <http://www.consiliomanuque.be/> (28 décembre 2017), note REUSENS, I.

4. Résumé de l'avis et conclusions :

- Le service des tutelles doit toujours être contacté lorsqu'une personne déclare être âgée de moins de 18 ans, peu importe les circonstances dans lesquelles cette personne a été confrontée aux services de police ou au procureur du Roi et peu importe les résultats du test d'âge effectué à la demande du procureur du Roi ou du juge d'instruction.
- La compétence d'identification du service des tutelles n'empêche pas les juridictions répressives d'apprécier elles-mêmes l'âge de l'inculpé ou du prévenu. La preuve de l'âge est libre, et il n'est donc pas contraire à la loi que seuls les résultats d'un examen radiologique soient déterminants.
- Selon les informations en notre possession, dans la pratique, le test radiographique semble donner des résultats plus favorables pour le mineur que lors de la réalisation d'un triple test par le service des tutelles.
- Le médecin réquisitionné, sollicité en tant que conseil technique ou expert judiciaire, peut toujours refuser sa mission sans encourir de sanctions, en particulier s'il estime qu'il n'a ni les compétences ou l'expérience professionnelle requises, ni le temps nécessaire pour effectuer un tel examen.
- Le médecin a l'obligation d'obtenir le consentement informé de la personne concernée. A défaut de consentement, ou s'il n'est pas possible de communiquer les informations nécessaires pour obtenir le consentement informé (par ex. en raison de l'absence d'interprète), il appartient au médecin spécialiste en formation de refuser d'effectuer l'examen, sinon il risque d'enfreindre le droit à l'intégrité physique de la personne et la loi relative aux droits du patient.
- Le médecin candidat spécialiste a le droit de refuser de réaliser un test osseux, même en tant que subordonné dans le cadre de sa relation de travail avec son maître de stage et la direction de l'hôpital. Si des sanctions sont néanmoins pris à son égard à ce sujet, il faut immédiatement les contester.