

SCP Zribi & Texier
Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
9, rue Jean-Baptiste Pigalle
75009 Paris

COUR DE CASSATION

CHAMBRES CIVILES

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

MEMOIRE DISTINCT ET MOTIVE

POUR : Monsieur A. S

CONTRE : 1°) Le Conseil départemental de l'Ain

SCP Nicolay- de la Nouvelle- Hannotin

2°) Le procureur général près la cour d'appel de Lyon

Au soutien du pourvoi n° G 18-20.480

FAITS ET PROCEDURE

I. Monsieur S , né le 10 janvier 2001 à Conakry, en République de Guinée, est arrivé à Mâcon le 27 avril 2016 après avoir passé quelques jours à Paris.

Il était alors âgé de 15 ans.

Pris en charge par le Dispositif d'accueil pour mineurs isolés étrangers (DAMIE) le 15 juin 2016, il a fait l'objet d'une évaluation sociale.

Les conclusions du rapport de celle-ci sont notamment les suivantes :

« La fluidité et la spontanéité du discours d'A laisse entrevoir une certaine naïveté chez ce jeune... A n'a montré aucune stratégie dans son discours, laissant plutôt apparaître une totale transparence dans les propos qu'il a tenus.

Concernant son parcours d'exil, il a toujours suivi un adulte sans se poser de question ce qui dénote une attitude enfantine et vulnérable... enfin le jeune présente une typologie du visage (pas de barbe, petite pomme d'Adam faisant état d'une entrée dans la puberté, traits d'un visage poupon) et corporelle (taille moyenne, épaules peu développées) qui semble correspondre à l'âge inscrit sur ses documents.

Il convient en effet de préciser que le jeune S était en possession d'un jugement supplétif du Tribunal de Première Instance de CONAKRY 3 MAFENCO ainsi que d'un extrait du registre de transcription (naissance) ».

Par ordonnance du 11 juillet 2016, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Mâcon a ordonné qu'il soit confié provisoirement à l'aide sociale à l'enfance (ASE) de l'Ain, et s'est dessaisi en conséquence au profit du parquet de Bourg-en-Bresse territorialement compétent.

Le 12 juillet 2016, le procureur de la République de Bourg-en-Bresse a saisi le juge des enfants de son ressort.

Par jugement en date du 20 juillet 2016, le juge des enfants de Bourg-en-Bresse a confié Monsieur A S au conseil département de l'Ain jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'organisation d'une tutelle d'Etat, et déclaré sa décision exécutoire par provision.

Par jugement en date du 26 mai 2017, le juge des enfants de Bourg-en-Bresse au vu du rapport du conseil départemental de l'Ain du 15 mai 2017 qui l'informait du refus de Monsieur S de se soumettre à une expertise osseuse qui devait déterminer ou non sa minorité, et considérant que ce refus était de nature à remettre en question la minorité, a ordonné la mainlevée de la mesure confiant Monsieur S à ce conseil départemental.

Monsieur S a interjeté appel de ce jugement.

Par arrêt du 14 novembre 2017, la chambre des mineurs de la cour d'appel de Lyon a, avant dire droit au fond, ordonné une expertise médicale aux fins d'évaluation de l'âge physiologique minimum de Monsieur S.

Monsieur Fanton a établi son rapport le 24 avril 2018 auquel a été annexé le rapport odonto-légal réalisé le 24 janvier 2018 par le docteur Tafrount Cheraz, chirurgien-dentiste.

Par un arrêt en date du 3 juillet 2018, la chambre spéciale des mineurs de la cour d'appel de Lyon a confirmé le jugement rendu par le juge des enfants de Bourg-en-Bresse le 26 mai 2017 en ce qu'il a ordonné la mainlevée de la mesure confiant Monsieur Adama Soumaoro au conseil départemental de l'Ain.

Ce sont les deux arrêts attaqués par le pourvoi.

DISCUSSION

II- L'exposant entend contester la constitutionnalité de l'article 388 du code civil, au regard des droits et libertés garantis par le corpus constitutionnel.

III- Les trois conditions posées par l'article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du décembre 2009 sont réunies en l'espèce, dès lors que les dispositions critiquées, qui n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution par les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel (2°), sont applicables au litige (1°) et posent une question sérieuse ou nouvelle de constitutionnalité (3°).

1°) Les dispositions contestées sont applicables au litige.

IV- Pour critiquer les arrêts frappés de pourvoi, Monsieur A S invoque, directement au soutien de son moyen, l'article 388 du code civil.

Dès lors qu'il est demandé l'application de ce texte par le demandeur au pourvoi, il ne fait aucun doute qu'il est, au sens donné à cette notion par la jurisprudence, applicable au litige.

2°) Les dispositions contestées n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

V- L'examen de sa jurisprudence démontre que l'article 388 du code civil n'a fait l'objet d'aucune décision du Conseil constitutionnel, que ce soit dans le cadre de l'examen d'une QPC ou d'une décision rendue dans le cadre du contrôle *a priori*.

La présente question prioritaire de constitutionnalité ne se heurte ainsi à aucune décision antérieure et sera, dès lors, déclarée recevable sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'un changement de circonstances.

3°) La question posée est nouvelle et/ou sérieuse.

VI- Est nouvelle, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. Const., 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n°2009-595 DC), reprise par la Cour de cassation (Civ. 3^{ème}, 12 décembre 2012, n° 12-40.075 ; Civ. 3^{ème}, 11 juillet 2012, n° 12-40.043 ; Ass. Plén., 19 mai 2010, n° 09-70.161), la question qui porte « sur l'interprétation d'une

disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application ».

Doit y être assimilée l'hypothèse dans laquelle une question prioritaire de constitutionnalité pose une nouvelle question d'interprétation d'une disposition constitutionnelle, qui a, quant à elle, déjà été appliquée par le Conseil constitutionnel.

L'exposant n'ignore pas qu'il a déjà été fait application par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle *a priori* des dispositions des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 garantissant la protection de l'enfant.

En revanche, ces dispositions n'ont jamais fait l'objet d'un contrôle dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ; ainsi, le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le point de savoir s'il s'agit d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution au sens de l'ordonnance précitée.

La question, en ce qu'elle invoque les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946, est donc nouvelle à cet égard.

En outre, par ailleurs, la question peut également être considérée comme nouvelle lorsqu'elle présente un intérêt particulier pour le Conseil constitutionnel.

Comme le souligne Marc Guillaume, « *le critère de la question nouvelle, alternatif au caractère sérieux, a pour but d'éviter que les juges judiciaires ou administratifs tranchent eux-mêmes des questions non résolues par le Conseil constitutionnel* ».

Marc Guillaume rappelle également que le critère de la nouveauté « *habilite le Conseil d'État et la Cour de cassation à apprécier, en fonction de ce critère alternatif, l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel* ».

La Cour de cassation a, d'ailleurs, déjà fait application de cette seconde acception de la nouveauté de la question en renvoyant, par un arrêt du 19 janvier 2011, une question prioritaire de constitutionnalité relative à la motivation des arrêts d'assises, énonçant à cet égard que « *la question, fréquemment invoquée devant la Cour de cassation et portant sur la constitutionnalité des dispositions du code de procédure pénale dont il se déduit l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises statuant, avec ou sans jury, sur l'action publique, présente un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine* » (Crim., 19 janvier 2011, pourvoi n°10-85305).

Dès lors, en raison de l'intérêt particulier posé par la question de la constitutionnalité de la loi autorisant le recours à des expertises osseuses, et du volume du contentieux concerné par celle-ci, elle est également nouvelle pour cette seconde raison.

La question, telle qu'elle est formulée au dispositif du présent mémoire, est en outre sérieuse à plusieurs titres et justifie son renvoi devant le Conseil constitutionnel.

Sur la conformité de l'article 388 du code civil aux dispositions des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946

VII- L'alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

L'alinéa 11 de ce Préambule dispose que la Constitution « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Les dispositions de ces articles impliquent le respect de l'intérêt de l'enfant (Cons. const. 9 novembre 1999, n°99-419 DC § 77 et 78 ; Cons. const. 17 mai 2013, n°2013-669 DC § 53 et 54).

Les dispositions de l'article 388 du code civil méconnaissent les exigences des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946.

VIII- On rappellera que cet article dispose :

« *Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis. Les examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge, en l'absence de documents d'identité valables et lorsque l'âge allégué n'est pas vraisemblable, ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé. Les conclusions de ces examens, qui doivent préciser la marge d'erreur, ne peuvent à elles seules permettre de déterminer si l'intéressé est mineur. Le doute profite à l'intéressé. En cas de doute sur la minorité de*

l'intéressé, il ne peut être procédé à une évaluation de son âge à partir d'un examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires ».

Cette disposition prévoit ainsi un recours à une expertise médicale osseuse, pour déterminer la minorité de l'intéressé, se présentant naturellement comme un mineur isolé étranger, et dont est ainsi susceptible de dépendre sa protection par les autorités nationales.

Or, il a été mis en lumière que ces méthodes médicales d'évaluation ne sont pas fiables et comportent de nombreuses marges d'erreur.

A ce titre, de nombreuses institutions se sont exprimées en ce sens.

On rappellera que cette technique appelée « *expertise osseuse* » a été mise au point dans les années 1930 à partir des caractéristiques morphologiques de personnes nord-américaines.

Son utilisation à des fins judiciaires, notamment sur des personnes d'origine africaine ou asiatique, a été contestée à maintes reprises.

Ainsi, l'avis de la Commission nationale consultative des Droits de l'Homme sur la situation des mineurs isolés étrangers présents sur le territoire national du 26 juin 2014 a recommandé « *qu'il soit mis fin à la pratique actuelle consistant à ordonner des expertises médico-légales de détermination de l'âge reposant sur des examens physiques du jeune isolé étranger* ».

Le Haut Conseil de la santé publique en date du 23 janvier 2014 a estimé, quant à lui, que « *la détermination d'un âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge exact du jeune lorsqu'il proche de la majorité légale. La détermination d'un âge physiologique sur le cliché radiologique est à proscrire* ».

Le Comité consultatif national d'éthique, dès 2005, a précisé qu'il « *est particulièrement inquiétant, à une époque où se développe une médecine « fondée sur les preuves », de voir pratiquer, à des fins, judiciaire des examens dont la signification et la validité, par rapport à l'objet même de la demande d'expertise, n'ont pas été évalués depuis plus de 50 ans [...] Ainsi, pour répondre aux questions posées, le CCNE confirme l'inadaptation des techniques médicales utilisées actuellement aux fins de fixation d'un âge chronologique* » et que « *rien ne peut certifier qu'un adolescent n'a pas l'âge qu'il déclare alors même que sa maturation osseuse, sa puberté et/ou ses dents de sagesse indiqueraient le contraire* ».

Le Comité des droits de l'Enfant en charge de contrôler la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant a également fait part de ses préoccupations et a invité la France à mettre un terme à l'utilisation de ces tests comme méthode principale de détermination de l'âge des jeunes migrants.

Par ailleurs, un rapport de Médecins du monde récent, communiqué avec les conclusions d'appel, mentionne deux publications récentes concernant l'Afrique sub-saharienne qui « *mettent en évidence une inadéquation avec les standards occidentaux et un retard global de maturation* ».

Dans le même sens, dans sa décision en date du 26 février 2016 relative à l'égal accès au droit et à la justice des mineurs isolés étrangers, le Défenseur des droits a condamné l'utilisation des tests osseux, indiquant être : « *résolument opposé à l'utilisation de ces examens médicaux, qui, tels qu'ils sont actuellement pratiqués, sont inadaptés, inefficaces et indignes* ».

Ainsi, il a été mis en lumière par ces organismes tant internes qu'internationaux que les expertises médicales restent des outils non fiables en ce qu'elles se fondent sur des tables de références anciennes et non adaptées qui ne prennent pas en compte l'histoire ethnique et culturelle du mineur.

IX. Ainsi, le recours prévu par la loi à ces expertises médicales osseuses porte atteinte à la protection de l'intérêt de l'enfant, tel que garanti par le préambule de la Constitution de 1946.

En effet, l'absence de fiabilité de cette expertise fait encourir un risque très important que la minorité d'enfants soit remise en cause de façon infondée, en raison d'une expertise défavorable, et que des mineurs isolés soient ainsi privés de la protection spéciale à laquelle ils peuvent prétendre en vertu de la Constitution, notamment à l'accès à une protection spéciale garantie par l'Etat, aux conditions nécessaires à leur développement, à la protection de leur santé, à la sécurité matérielle, à l'éducation, au repos et aux loisirs.

Un rapport de « *Médecins du Monde* » du 30 octobre 2017 fait état des défaillances du dispositif d'évaluation de la minorité et de ses graves conséquences ; ainsi, des mineurs isolés étrangers qui constituent un public fragilisé, sont surexposés à des risques sanitaires et à des troubles post traumatiques.

Ces mineurs privés de protection et condamnés à errer dans la rue, sont en outre susceptibles d'être exposés aux abus et à la maltraitance (racket par les passeurs, mendicité et délinquance forcées, ateliers clandestins, prostitution...).

Dès lors, en prévoyant le recours à une expertise osseuse, dont l'absence de fiabilité, soulignée par des organismes internes et internationaux, risque d'entraîner de graves conséquences, l'article 388 du code civil méconnaît les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1948.

Sur la conformité de l'article 388 du code civil au principe de dignité humaine

X- On rappellera que la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 1994 relative aux lois sur la bioéthique : « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle* » (Cons. const. 27 juillet 1994, n°94-343/344).

Dans son avis du 23 juin 2005, le comité national d'éthique estime que « *si la justice ne peut s'abriter derrière la médecine, elle doit, en revanche, assumer sa responsabilité de respecter avant tout la dignité des personnes soupçonnées d'infraction et en particulier à ce moment de la vie sans frontières réelles autres que celles établies par une date de naissance* ».

Il souligne également les dangers et les risques pour la santé d'une irradiation radiologique, sans fin diagnostique ou thérapeutique dans le cadre d'une maladie.

Ce risque est d'autant plus pregnant que ces examens ont parfois à vocation à se répéter lorsque le mineur se voit subir une nouvelle expertise radiologique osseuse s'il est transféré dans un autre département.

Le comité rappelle que le regard clinique peut apparaître comme une certaine violence et « *peut blesser la dignité des enfants adolescents soumis à un tel regard médical sans comprendre leur finalité, dans une structure hospitalière apparentée à une structure policière* » en particulier face à des enfants qui ont déjà, pour certains, vécus des événements personnels ou familiaux pénibles et qui peuvent subir un choc inutile de par ces examens.

Selon Jean-François Martini, « *les examens médicaux de détermination de l'âge ne se limitent pas aux seuls tests osseux mais comprennent souvent un interrogatoire,*

l'examen du développement staturo-pondéral et pubertaire et une radiographie dentaire, qui peuvent être vécus comme une véritable atteinte à la dignité ».

Bien que l'article 388 du code civil exclue désormais l'examen du développement pubertaire des caractères sexuels primaires et secondaires, il permet toutefois les examens radiologiques et dentaires, qui portent atteinte à la dignité des mineurs, pour les raisons qui viennent d'être mentionnées.

Dès lors, l'article 388 du code civil n'est pas conforme au principe de dignité humaine.

XI- Il l'est d'autant moins que si ces expertises sont soumises en principe au consentement du mineur, les conséquences d'un refus sont telles, qu'elles ne sont pas de nature à garantir la réalité de ce consentement.

Ainsi, si la loi subordonne les examens radiologiques osseux au recueil du consentement de l'intéressé, la portée de ce consentement est à relativiser.

En effet, compte tenu l'article 11 du code de procédure civile conférant au juge le pouvoir de tirer toute conséquence du refus d'une partie à apporter son concours à une mesure d'instruction, le mineur qui refuse de subir un examen radiologique osseux prend le risque d'être déclaré majeur et se voir retirer la protection de l'Etat.

En effet, l'article 388 ne prévoit aucune exception à l'article 11 du code de procédure civile, dans cette hypothèse, et ce, en dépit du caractère particulièrement intrusif de ces examens.

Le consentement du mineur n'est de la sorte pas suffisamment garanti, si bien que l'article 388 du code civil, pour cette raison aussi, méconnaît le principe constitutionnel de dignité humaine.

XII- En outre et pour les raisons qui ont été exposées, l'article 388 méconnaît le droit à la protection de la santé garanti par l'alinéa 11 du Préambule du 27 octobre 1946 en ce qu'il permet le recours aux examens radiologiques osseux alors même qu'ils emportent des risques d'irradiations sans fin diagnostique ou thérapeutique.

Pour des raisons proches, il méconnaît également le droit de mener une vie familiale normale.

Sur la conformité de l'article 388 du code civil à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

XIII- L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

A ce titre, le Conseil constitutionnel a consacré un droit au respect de la vie privée qu'elle rattache à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

« *Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. " ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée* » (Cons. const. 23 juillet 1999, n° 99-416 DC ; Cons. const. 9 novembre 1999, n°99-419 DC ; Cons. const. 21 décembre 1999, n°99-422 DC ; Cons. const. 13 mars 2003, n°2003-467 DC ; Cons. const. 2 mars 2004, n°2004-492 DC ; Cons. const. 21 février 2008, n°2008-562 DC ; Cons. const. 25 février 2010, n°2010-604 DC).

Le Conseil constitutionnel a rappelé que ce droit pouvait être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const. 16 septembre 2010, n°2010-25 QPC ; Cons. const. 30 septembre 2011, n°2011-173 QPC ; Cons. const. 5 octobre 2012, n°2012-279 QPC).

Surtout, il a rappelé que le respect de la vie privée s'adresse aux étrangers comme aux nationaux (Cons. const. 22 avril 1997, n°97-389 DC § 44 ; Cons. const. 9 juin 2011, n°2011-631 DC ; Cons. const. 11 octobre 2013, n°2013-347 QPC).

Le droit au respect de la vie privée fournit une protection contre une intrusion dans l'intimité des personnes qu'elle soit le fait de l'Etat ou des tiers.

Le secret et l'intimité de la vie privée, au sens strict, ont été invoqués par le Conseil constitutionnel pour garantir aux partenaires d'un PACS que la publicité de leur situation de couple soit encadrée et ne révèle par leur préférence sexuelle, pour

garantir l'anonymat de la mère ayant procédé à un accouchement sous X ou encore pour garantir le contrôle des mesures subordonnant l'acquisition de la nationalité française par le conjoint d'un ressortissant français à l'écoulement d'une année de mariage sans cessation de la communauté de vie.

En matière de santé et de données médicales, le droit au respect de la vie privée requiert que soit observée une particulière vigilance dans la collecte et le traitement de données à caractère personnel de nature médicale (Cons. const. 21 décembre 1999, n°99-422 DC § 52 ; Cons. const. 12 août 2004, n°2004-504 DC § 5).

Ainsi conçue, la vie privée est étroitement liée à la santé dont il faut préserver le secret.

L'examen radiologique osseux aux fins de l'évaluation de l'âge d'une personne se présentant comme un mineur isolé étranger constitue une atteinte à sa vie privée.

Cette méthode d'évaluation de l'âge se fonde sur la radiographie de la main et du poignet gauche par comparaison avec des clichés de référence.

Ces clichés radiographiques analysent l'existence et la taille de point d'ossification (os sesamoïde du pouce) et des signes de maturation épiphysaire des phalanges.

L'article 388 du code civil qui prévoit la divulgation de données médicales personnelles résultant de cet examen méconnaît le droit au respect à la vie privée dès lors que la loi n'interdit pas au juge de déduire l'absence de minorité de l'intéressé de son refus de se prêter aux expertises médicales, et qu'il ne garantit ainsi pas suffisamment la réalité de son consentement.

Sur la conformité de l'article 388 du code civil aux dispositions des articles 4,5,6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des alinéas premiers du Préambule de 1946 et du Préambule de 1958

XIV- Aux termes de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le

taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ».

Le Conseil constitutionnel en déduit qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement sa compétence que lui confie la Constitution (Cons. const. 29 décembre 1983, n°83-164 DC, § 30 ; Cons. const. 7 décembre 2000, n°2000-435 DC, § 53 ; Cons. const. 28 avril 2005, n°2005-514 DC, § 14).

Cela conduit le Conseil constitutionnel à sanctionner le législateur lorsqu'il n'épuise pas sa compétence, c'est-à-dire lorsqu'il se rend coupable « *d'incompétence négative* ».

Comme le décrit un auteur, « *le principe sur lequel elle repose semble assez clair : le législateur ne doit pas se défausser sur d'autres autorités. Son domaine de compétence a été constitutionnellement délimité et il commet une inconstitutionnalité en permettant, par son incompétence, à une autorité, qu'elle soit administrative ou juridictionnelle, d'intervenir à sa place* » (A. Vidal-Naquet, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *Nouv. Cah. Cons. const.*, janv. 2015, n°45, p.7).

Ainsi, le législateur méconnaît l'étendue de son pouvoir législatif en n'assortissant pas de garanties légales des dispositions qui pourraient affecter certains principes constitutionnels (Cons. const., 28 juillet 1993, n°93-322 DC ; Cons. const. 23 juillet 1996, n°96-378 DC) tel que le principe d'égalité (Cons. const. 13 janvier 1994, n°93-329 DC).

L'incompétence négative du législateur est un grief qui peut être invoqué au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité si un droit ou une liberté que la Constitution garantit est affecté par cette incompétence négative (Cons. const., 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, n°2010-5 QPC ; Cons. const., 24 mai 2013, n°2013-317 ; Cons. const., 26 avril 2013, n°2013-308).

Le Conseil constitutionnel déduit de l'article 34 de la Constitution de 1958 un objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle par ailleurs des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lequel impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, afin d'éviter tout risque d'arbitraire (V. Cons. const., 15 mars 2012, n°2012-649 DC, § 7 ; Cons. const., 16 décembre 1999, n°99-421 DC).

En effet, le législateur ne saurait « reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (Cons. const., 9 juin 2011, n°2011-631 DC ; Cons. const., 13 janvier 2005, n°2004-509 DC).

Cette exigence de précision résulte du principe de sécurité et de prévisibilité de la loi, ainsi que de la protection contre l'arbitraire et la séparation des pouvoirs.

Elle l'est d'autant plus s'agissant d'un texte soumis au principe à valeur constitutionnel d'égalité des citoyens et de non-discrimination prévu par les alinéas premiers du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

Dans sa décision *Taxation d'office* du 27 décembre 1973, le Conseil constitutionnel a consacré le principe d'égalité devant la loi comme principe à valeur constitutionnelle et a censuré une disposition législative qui instituait une discrimination entre les citoyens et qui portait atteinte « au principe d'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et solennellement réaffirmé par le Préambule de la Constitution » (Cons. const., 27 décembre 1973, n° 73-51 DC).

Dans sa décision du 12 juillet 1979, le Conseil constitutionnel donne une définition devenue classique de l'exigence d'égalité : « le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables, il soit fait application de solutions semblables ». De la même manière, la différence de traitement effectuée par le législateur doit être en rapport direct avec l'objet même de la loi » (Cons. const. 12 juillet 1979, n° 79-107 DC).

Par une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel rappelle au législateur qu'il lui appartient « de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » et qu'à ce titre les étrangers – y compris en situation régulière – « doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés » (Cons. const., 22 janvier 1990, n°89-269 DC ; Cons. const., 13 août 1993, n°93-325 DC ; Cons. const., 22 avril 1997, n°97-389 DC).

Le Conseil constitutionnel a admis que ce principe pouvait être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., 28 mai 2010, décision n° 2010-1 QPC).

L'article 388 du code civil méconnaît des droits constitutionnellement garantis en ce qu'il prévoit la possibilité de recourir à des 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 sans renvoyer expressément à l'article 47 du code civil, au terme duquel les actes d'état civil établis à l'étranger font foi jusqu'à preuve du contraire.

Dès lors, en l'absence d'un tel renvoi, l'article 388 du code civil n'est pas assez précis et ne définit pas avec une précision suffisante la notion de « documents d'identité valables ».

A la lecture de l'article 388 du code civil et de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels, on constate que l'examen radiologique osseux ne constitue qu'un dernier recours dans l'évaluation de l'âge d'une personne qui se présente comme un mineur isolé étranger (circulaire interministérielle 25 janvier 2016, NOR : JUSF1602101C).

L'évaluation de la minorité doit d'abord s'appuyer sur « la combinaison d'un faisceau d'indices » notamment sur les entretiens socio-éducatifs conduits avec l'intéressé puis sur la vérification de l'authenticité des documents d'état civil.

La circulaire précitée précise que « 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 les réquisitions du parquet ».

Divers organismes ont rappelé ces conditions :

Selon l'avis du Haut Conseil de la santé publique en date du 23 janvier 2014 : « l'examen médical ne doit intervenir qu'en dernier ressort après évaluation sociale et examen des documents d'état civil ».

Thomas Hammarberg, ancien Commissaire aux Droits de l'Homme de l'Union européenne a précisé, dans son avis en date du 9 août 2011, que : « [Les Médiateurs des enfants des pays européens] précisent que toute analyse supplémentaire de l'âge d'un jeune migrant ne devrait intervenir qu'en cas de doute sérieux, par exemple lorsqu'il apparaît clairement que les documents fournis ou les déclarations faites par l'intéressé ne sont pas fiables ».

Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a également indiqué dans son étude sur les difficultés et les meilleures pratiques rencontrées dans l'application du cadre international pour la protection des droits de l'enfant dans le contexte des migrations de 2010, que « *les mesures de sauvegarde attachées à l'évaluation de l'âge doivent garantir que cette évaluation n'intervienne qu'en dernier recours, si l'âge de l'enfant est contesté* ».

Aux termes des dispositions de l'article 388 du code civil, ce n'est donc qu'à titre subsidiaire, si le juge constate, d'une part, que la personne ne dispose pas de documents d'identité valables et, d'autre part, que l'âge allégué n'est pas vraisemblable, qu'il peut ordonner une expertise osseuse.

Dès lors, les conditions auxquelles est soumis le recours à une expertise essentielle doivent être précisées de façon suffisante, afin que la subsidiarité prévue par la loi puisse être garantie.

Or, tel n'est pas le cas, en l'absence de renvoi, par l'article 388 du code civil, à l'article 47 du même code qui dispose que « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

En vertu de cet article qui pose une présomption de validité des documents d'état civil, il appartient à l'administration de renverser la présomption de validité des documents d'état civil par la production d'autres actes ou pièces détenus, par des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même.

Pourtant, l'article 388 du code civil qui subordonne le recours aux examens médicaux à l'appréciation de la validité des documents d'état civil ne procède pas par renvoi à l'article 47 du code civil.

Par conséquent, dans le cadre de l'évaluation de la minorité d'une personne se présentant comme un mineur isolé étranger, il semble que l'ensemble des juridictions n'appliquent pas l'article 47 du code civil dans ce cadre, entraînant des différences de traitement entre les personnes se présentant comme des mineurs étrangers isolés.

Il conduit d'ailleurs les jeunes requérants à adopter des stratégies quant au dépôt de leur requête devant un tribunal de grande instance plutôt qu'un autre ou devant un juge des enfants en particulier.

Le Défenseur des droits, qui s'est vu confier par le législateur la mission de veiller à la protection et à la promotion des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant consacrés dans la Convention internationale pour les droits de l'enfant, a, dans un avis n°17-03 du 7 février 2017, « réitéré avec fermeté son opposition à la pratique des examens médicaux d'évaluation de l'âge » et déplore son inscription dans la loi du 14 mars 2016 « *qui plus est sous une forme rédactionnelle qui prête largement le flanc à la critique, à savoir l'imprécision du nouvel article 388 du code civil* ».

Ainsi, du fait de l'imprécision de la loi, les personnes se présentant comme des mineurs isolés étrangers qui demandent à bénéficier de la protection de l'Etat se trouvent dans des situations semblables.

Pourtant, ils subissent un traitement différent selon la juridiction devant laquelle ils présentent leur requête, sans qu'aucune différence objective de situation entre ces mineurs ne justifie cette inégalité de traitement.

On ajoutera encore que la différence de traitement des requérants n'est pas en lien avec l'objet même de la loi ni même l'objectif poursuivi par le législateur.

Dès lors, il résulte de ces développements, qu'en visant l'absence de document d'identité valable, sans renvoyer expressément à l'article 47 du code civil, l'article 388 du code civil méconnaît les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des alinéas premiers du Préambule de 1946 et du Préambule de 1958.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il est demandé de renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité précisée dans le dispositif de ce mémoire au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, l'exposant conclut qu'il plaise à la Cour de cassation :

- **RENNVOYER** au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« L'article 388 du code civil méconnaît-il les alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 en permettant, le recours à des expertises osseuses, procédé dont l'absence de fiabilité a été soulignée par divers organismes internes et internationaux, pour déterminer la minorité de l'intéressé, minorité dont dépend, pour les mineurs étrangers, la protection des autorités françaises ? »

« L'article 388 du code civil méconnaît-il le principe constitutionnel de dignité humaine en permettant le recours à des examens osseux pour déterminer la minorité de l'intéressé, procédé qui emporte des risques d'irradiation sans fin diagnostique ou thérapeutique ? »

« L'article 388 du code civil méconnaît-il le principe constitutionnel de dignité humaine en permettant le recours à des expertises osseuses pour déterminer la minorité de l'intéressé, qui constitue un examen invasif, sans interdire au juge de déduire de son refus de s'y soumettre son absence de minorité ? »

« L'article 388 du code civil méconnaît-il le principe constitutionnel de protection de la santé garanti par l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 en permettant le recours à des examens osseux pour déterminer la minorité de l'intéressé, procédé qui emporte des risques d'irradiation et qui est dénué de fin diagnostique ou thérapeutique ? »

« L'article 388 du code civil méconnaît-il l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en permettant le recours à des expertises osseuses pour déterminer la minorité de l'intéressé, et ainsi, en autorisant la divulgation de ses données médicales, sans interdire au juge de déduire de son refus de s'y soumettre son absence de minorité ? »

« L'article 388 du code civil méconnaît-il les articles 4,5,6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des alinéas premiers du Préambule de 1946 et du Préambule de 1958 en subordonnant le recours à des expertises osseuses à la circonstance qu'il ne soit pas justifié de documents d'identité valables, sans définir suffisamment cette notion, et plus particulièrement, sans préciser si, dans ce cadre, une présomption de sincérité est attachée aux documents d'identité établis à l'étranger ? »