



Convention relative aux droits de l'enfant

Distr. générale
24 février 2021
Français
Original : espagnol

Comité des droits de l'enfant

Constataions adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant la communication n° 63/218^{*,**}

<i>Communication présentée par :</i>	C. O. C. (représenté par un conseil, Vanessa Hernández Delgado)
<i>Victime(s) présumée(s) :</i>	L'auteur
<i>État partie :</i>	Espagne
<i>Date de la communication :</i>	28 novembre 2018
<i>Date des constatations :</i>	29 janvier 2021
<i>Objet :</i>	Procédure de détermination de l'âge d'un enfant non accompagné
<i>Question(s) de procédure :</i>	Non-épuisement des recours internes, irrecevabilité <i>ratione personae</i> , défaut de fondement des griefs
<i>Article(s) de la Convention :</i>	3, 8, 18 (par. 2), 20 (par. 1), 27 et 29
<i>Article(s) du Protocole facultatif :</i>	6 et 7 (al. c), e) et f))

1.1 L'auteur de la communication est C. O. C., de nationalité gambienne, né le 2 février 2001. Il se dit victime d'une violation des articles 3, 8, 18 (par. 2), 20, 27 et 29 de la Convention. Le Protocole facultatif est entré en vigueur pour l'État partie le 14 avril 2014. Le Comité observe également que, bien qu'il ne la dénonce pas formellement, le requérant soulève une violation de l'article 12 de la Convention.

1.2 Le 3 décembre 2018, le Groupe de travail des communications, agissant au nom du Comité et se fondant sur l'article 6 du Protocole facultatif, a demandé à l'État partie de prendre des mesures provisoires tendant à suspendre l'exécution de la décision d'expulsion de l'auteur tant que sa communication serait à l'examen et à placer l'intéressé dans un centre de protection pour mineurs.

* Adoptées par le Comité à sa quatre-vingt-sixième session (18 janvier-5 février 2021).

** Les membres du Comité dont le nom suit ont participé à l'examen de la communication : Suzanne Aho Assouma, Amal Salman Aldoseri, Hynd Ayoubi Idrissi, Bragi Gudbrandsson, Philip Jaffé, Olga A. Khazova, Gehad Madi, Benyam Dawit Mezmur, Otani Mikiko, Luis Ernesto Pedernera Reyna, Ann Marie Skelton, Velina Todorova et Renate Winter.



Rappel des faits présentés par l'auteur

2.1 Le 28 octobre 2018, la société espagnole de sauvetage en mer (Salvamento Marítimo), en coopération avec la Police nationale espagnole, a arrêté l'auteur alors qu'il tentait d'entrer sur le territoire de l'État partie à bord d'une embarcation de fortune. L'auteur n'était muni d'aucun document, mais a déclaré être mineur. Le même jour, il a été transféré dans une annexe du commissariat de police de Playa de las Américas, dans le sud de l'île de Tenerife.

2.2 Le 31 octobre 2018, l'auteur a été informé d'une décision du parquet de la province de Santa Cruz de Tenerife le déclarant majeur, sur la base d'examens médicaux qui ne figuraient pas dans son dossier. Il affirme qu'à aucun moment il n'a été avisé des résultats desdits examens. Le 2 novembre 2018, il a été informé de la décision de renvoi rendue par la Sous-Délégation du Gouvernement à l'Office des étrangers de Santa Cruz de Tenerife. Le 3 novembre 2018, le tribunal d'instruction n° 4 d'Arona a approuvé, par ordonnance, le placement de l'auteur dans le centre de détention pour étrangers de Hoya Fría. Pourtant, celui-ci a été maintenu en détention dans l'annexe du commissariat de police de Playa de las Américas jusqu'au 16 novembre, avant d'être transféré au centre.

2.3 Le 8 novembre 2018, l'auteur a fait appel de la décision de renvoi, arguant, notamment, que la décision du parquet de le déclarer majeur était dénuée de fondement, étant donné que les résultats qui y étaient mentionnés ne figuraient pas dans son dossier, et qu'aucune mention n'était faite des dates auxquelles les examens avaient été pratiqués. À la date de la soumission de la communication au Comité, l'auteur n'avait pas obtenu la moindre réponse concernant son recours.

2.4 Toujours le 8 novembre 2018, l'avocate de l'auteur s'est rendue dans les locaux du parquet de la province de Santa Cruz de Tenerife afin d'obtenir les résultats des examens médicaux auxquels l'auteur et sept autres mineurs auraient été soumis, mais qui ne figuraient pas dans leurs dossiers respectifs. Le parquet des mineurs lui a refusé l'accès à ces résultats, sauf pour l'une des huit affaires. Selon le rapport auquel l'avocate a eu accès, les seuls examens auxquels les mineurs ont été soumis ont consisté en une radiographie du poignet analysée selon l'Atlas de Greulich et Pyle et en un examen médical. L'auteur affirme que ces examens ont été pratiqués sans son consentement et en l'absence d'interprète, qu'il n'a pas été assisté par un professionnel spécialisé lors de la détermination de l'âge, ni par un conseil pendant la procédure. En outre, selon la décision du parquet le déclarant majeur, un panoramique dentaire aurait été réalisé puis interprété selon la méthode de Mincer. L'auteur affirme que cet examen n'a pas été réalisé et qu'il était impossible de le faire, le matériel nécessaire étant hors service.

Teneur de la plainte

3.1 L'auteur affirme que l'État partie n'a pas respecté le principe de la présomption de minorité, alors même qu'il existait un doute ou une incertitude quant à son âge, ce qui est contraire à son intérêt supérieur et constitue une violation de l'article 3 de la Convention¹. Cette violation est d'autant plus flagrante que l'État partie a exposé l'auteur à un risque réel de subir un dommage irréparable en le plaçant dans un centre de détention pour adultes et en ordonnant son renvoi dans son pays d'origine. L'auteur cite des observations finales du Comité concernant l'État partie, dans lesquelles le Comité s'est dit préoccupé par l'absence, sur le territoire de l'État partie, de mécanisme uniformisé permettant de déterminer ce qui constituait l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la détermination de l'âge des enfants non accompagnés². Il souligne que, dans ces observations, le Comité s'est déclaré préoccupé par les « conditions d'hébergement insalubres et les négligences dans les centres d'accueil d'urgence dans les îles Canaries, particulièrement à La Esperanza et Tenerife »³. Il s'appuie en outre sur diverses études pour affirmer que les méthodes d'évaluation médicale auxquelles l'État partie a recours, en particulier celles qui lui ont été appliquées, ont une marge d'erreur élevée, étant donné que les recherches sur lesquelles elles sont fondées ont

¹ L'auteur cite l'observation générale n° 6 (2005), par. 31.

² CRC/C/ESP/CO/3-4, par. 27 et 59.

³ Ibid, par. 59 (al. e)).

été réalisées sur d'autres populations présentant des caractéristiques raciales et socioéconomiques très différentes.

3.2 L'auteur se dit en outre victime d'une violation de l'article 3 de la Convention, lu conjointement avec l'article 18 (par. 2), au motif qu'aucun tuteur ne lui a été assigné pour veiller à ses intérêts en tant qu'enfant non accompagné, alors que la désignation d'un tuteur constitue une garantie de procédure fondamentale pour le respect de son intérêt supérieur⁴. Il affirme en outre qu'il y a eu violation de l'article 3 (par. 2), lu conjointement avec l'article 20 (par. 1), l'État partie ne l'ayant pas protégé en dépit de la situation d'abandon et de grande vulnérabilité dans laquelle il se trouvait. Il soutient que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer les dispositions d'ordre public relatives aux étrangers et que l'État partie a l'obligation de prendre les mesures législatives et administratives nécessaires pour protéger les mineurs de manière à ce qu'ils ne se retrouvent pas dans une situation d'abandon due à la non-désignation d'un tuteur⁵.

3.3 L'auteur soutient en outre que l'État partie a violé son droit à l'identité, reconnu à l'article 8 de la Convention, étant donné que l'âge constitue un élément fondamental de l'identité et que l'État partie est tenu de ne pas y porter atteinte. Il ajoute que l'État partie est même tenu de conserver et de protéger les données relatives à l'identité qui existent ou peuvent exister encore.

3.4 L'auteur se dit également victime d'une violation des articles 27 et 29 de la Convention, car les décisions prises l'ont empêché de développer pleinement toutes ses facultés. Il estime que, faute de tuteur pour le guider, il n'a pas pu s'épanouir comme il aurait dû le faire à son âge⁶.

3.5 L'auteur affirme également qu'il y a eu violation de l'article 20 de la Convention au motif qu'il n'a pas été protégé par l'État partie. Il cite l'observation générale n° 6 (2005), selon laquelle ce droit doit être interprété à la lumière de la situation de l'enfant, de son âge et de son origine ethnique, culturelle et linguistique.

3.6 À titre de réparation possible, l'auteur propose :

- a) Que l'État partie reconnaisse que son âge ne peut être établi sur la base des examens médicaux auxquels il a été soumis ;
- b) Que toute décision le concernant lui soit communiquée ;
- c) Que les décisions rendues par le parquet concernant la détermination de l'âge puissent être contestées devant les tribunaux ;
- d) Qu'un tuteur lui soit immédiatement assigné ;
- e) Que lui soient reconnus tous les droits attachés à son statut de mineur, y compris le droit d'être protégé par l'État, le droit à un représentant légal et le droit à l'éducation, et qu'un permis de séjour et de travail lui soit accordé afin qu'il puisse développer pleinement sa personnalité et s'intégrer dans la société.

Observations de l'État partie sur la recevabilité et sur le fond

Exposé des faits

4.1 Dans ses observations du 1^{er} mars 2019 sur la recevabilité et le fond de la communication, l'État partie fait sa propre présentation des faits. Selon lui, l'auteur est arrivé le 28 octobre 2018 sur une embarcation de fortune sur la côte de Santa Cruz de Tenerife, avec

⁴ L'auteur cite l'observation générale n° 6.

⁵ L'auteur renvoie au rapport établi par La Merced Migraciones-Mercedarios, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Save the Children, la chaire Santander des droits de l'enfant de l'Université pontificale de Comillas et Baketik et Accem, *Aproximación a la protección internacional de los menores extranjeros en España*, Madrid, La Merced Migraciones, 2009, où il est dit, à la page 96, que dès qu'un mineur étranger non accompagné est identifié, il doit se voir attribuer un tuteur ou un représentant légal ayant les compétences nécessaires pour préserver ses intérêts et répondre de manière appropriée à ses besoins juridiques, sociaux, médicaux et psychologiques.

⁶ L'auteur cite l'observation générale n° 6, par. 44.

72 autres personnes d'origine subsaharienne. Le même jour, la Brigade locale des étrangers et des frontières de Tenerife Sud a activé le protocole pour les mineurs non accompagnés. Le 29 octobre 2018, le parquet spécialisé dans la protection des mineurs de l'Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a autorisé les examens visant à déterminer l'âge de l'auteur.

4.2 Le 31 octobre 2018, par sa décision n° 24/2018, le parquet spécialisé de l'Audiencia Provincial de Tenerife a déclaré l'auteur majeur. Le même jour, une procédure d'expulsion a été engagée pour entrée illégale sur le territoire espagnol, sur la base de l'article 53.8(b) de la loi 4/2000, au commissariat de police local de Tenerife Sud, à l'initiative de la Sous-Délégation du Gouvernement de Santa Cruz de Tenerife. L'auteur a été informé de la procédure le 2 novembre 2018.

4.3 Le 3 novembre 2018, le tribunal d'instruction n° 4 d'Arona a autorisé le placement de l'auteur au centre de détention pour étrangers. Le 5 novembre 2018, l'auteur a été placé à titre provisoire au centre d'accueil temporaire des migrants, faute de places disponibles au centre de détention pour étrangers de Hoya Fría.

4.4 Le 16 novembre 2018, l'auteur a été placé dans le centre de détention pour étrangers de Hoya Fría. Le 7 décembre 2018, il a été libéré au motif qu'il n'était pas possible d'établir les documents nécessaires pour procéder à son expulsion et il a été remis à la Croix-Rouge à Tenerife. L'État partie affirme que la Police nationale ignore actuellement où il se trouve.

Motifs d'irrecevabilité

4.5 L'État partie soutient que la communication est irrecevable *ratione personae* étant donné que l'auteur est majeur, comme cela a été établi par des examens médicaux qui montrent qu'il est âgé d'au moins 18 ans, et par un rapport médico-légal spécifique qui conclut également à sa majorité⁷.

4.6 De plus, se fondant sur l'article 7 (al. e)) du Protocole facultatif, l'État partie soutient que la communication est irrecevable au motif que l'auteur n'a pas épuisé tous les recours internes disponibles⁸. L'auteur aurait pu : a) demander au ministère public de procéder à des examens médicaux qui prouveraient qu'il est mineur ; b) en application de l'article 780 de la loi relative à la procédure civile, demander au juge civil dont dépend le centre pour étrangers de réexaminer toute décision rendue par la communauté autonome dans laquelle il n'était pas considéré comme mineur ; c) faire appel de la décision de renvoi devant la juridiction administrative ; d) former devant les tribunaux civils une demande en matière gracieuse aux fins de la détermination de l'âge, conformément à la loi n° 15/2015 relative à la juridiction gracieuse.

Observations sur le fond

4.7 Si cette communication devait néanmoins être déclarée recevable, l'État partie fait valoir, à titre subsidiaire, qu'il n'existe pas de motifs de fond qui justifient l'intervention du Comité. Premièrement, il cite des dispositions législatives internes selon lesquelles, en cas de doute raisonnable, il revient au ministère public de déterminer l'âge des personnes, car c'est l'institution chargée de défendre la légalité, les droits des citoyens et l'intérêt public protégé par la loi. Dans le système actuel, le principe de la présomption provisoire de minorité s'applique dans les cas où il n'est pas possible d'établir qu'une personne est majeure, tant que son âge n'est pas déterminé. Dans le même temps, l'État partie a décidé, pour déterminer l'âge de l'auteur, de le soumettre à des examens médicaux objectifs qui ont été pratiqués avec son consentement préalable et éclairé, dans le respect de sa dignité⁹.

⁷ L'État partie transcrit la décision du parquet déclarant l'auteur majeur, selon laquelle deux examens médicaux ont été pratiqués (une radiographie et un panoramique dentaire) et un rapport a été établi par deux médecins légistes sur la base d'un examen physique, d'un entretien et des résultats des examens médicaux.

⁸ L'État partie souligne la nécessité d'épuiser « tous » les recours disponibles.

⁹ Selon l'article 12 de la loi organique n° 1/1996 sur la protection juridique des mineurs.

4.8 Deuxièmement, l'État partie soutient qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par l'article 3 de la Convention, étant donné que l'auteur est majeur. Il précise que la présomption de minorité ne doit être appliquée qu'« en cas d'incertitude », mais pas lorsque l'intéressé est manifestement majeur. Il fait valoir que les autorités espagnoles ont donné à l'auteur la possibilité de se soumettre, avec son consentement éclairé, à des examens médicaux objectifs visant à déterminer son âge. Les résultats de ces examens ont montré que l'auteur était sans conteste majeur. Ces examens ont été menés « scientifiquement, dans le souci de la sécurité de l'enfant [...] et équitablement », comme le prévoit l'observation générale n° 6 (par. 31). Selon l'État partie, cette observation générale n'interdit pas de soumettre à des examens médicaux les personnes sans papiers qui prétendent être mineures et qui ont l'apparence physique d'un adulte. L'État partie fait valoir que considérer un adulte comme mineur en l'absence de preuves irréfutables et sur la seule foi de la déclaration de la personne concernée ferait courir un risque important aux mineurs placés dans les centres d'accueil qui pourraient subir des violences et des mauvais traitements de la part de cet adulte), ce qui constituerait une violation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

4.9 L'État partie affirme en outre qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant au regard de l'article 18 (par. 2) et de l'article 20 (par. 1) de la Convention, pour les raisons suivantes :

- a) L'auteur a été pris en charge par les services de santé dès son arrivée sur le territoire espagnol ;
- b) Il s'est vu délivrer des documents, a bénéficié gratuitement, aux frais de l'État, des services d'un avocat et d'un interprète, et a immédiatement été informé de ses droits ;
- c) Sa situation a été immédiatement signalée à l'autorité judiciaire compétente afin que ses droits soient respectés pendant le déroulement de la procédure découlant de son séjour irrégulier ;
- d) Dès qu'il a déclaré être mineur, l'information a été communiquée au ministère public, qui est l'autorité chargée de veiller à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰.

4.10 En ce qui concerne le droit à l'identité garanti par l'article 8 de la Convention, l'État partie fait valoir qu'il n'y a pas eu de violation parce que l'auteur a été enregistré sous l'identité qu'il a déclaré être la sienne dès son arrivée illégale sur le territoire espagnol, après son sauvetage en haute mer, et que c'est cet enregistrement, effectué par les autorités espagnoles, qui lui permet d'exercer ses droits à l'heure actuelle.

4.11 L'État partie soutient enfin qu'il n'y a pas eu de violation des droits énoncés aux articles 20, 27 et 29 de la Convention, car ces droits concernent exclusivement les personnes qui sont incontestablement mineures. Étant donné que la majorité de l'auteur ne fait aucun doute, les droits revendiqués sont inapplicables.

4.12 L'État partie conclut que non seulement l'auteur n'a pas fourni de documents originaux contenant des données biométriques authentiques à l'appui de sa minorité présumée et alléguée, mais que les autorités espagnoles ont obtenu, au moyen d'examen médicaux et d'un examen médico-légal, des éléments qui réfutent ses dires. L'auteur étant majeur, l'État partie demande que la communication soit déclarée irrecevable, qu'il soit mis fin à son examen ou, à titre subsidiaire, qu'elle soit rejetée au motif qu'il n'existe pas de motifs de fond permettant d'établir une violation des droits consacrés par la Convention.

Commentaires de l'auteur sur les observations de l'État partie concernant la recevabilité et le fond

5.1 Dans ses commentaires du 14 août 2019 sur la recevabilité et le fond, l'auteur souligne qu'il a passé plus de temps que nécessaire dans les locaux de la police sans jamais avoir été pris en charge par les services de protection de l'enfance. De fait, il est arrivé le 28 octobre

¹⁰ L'État partie cite des dispositions législatives internes ayant trait au rôle impartial et indépendant du ministère public (notamment l'article 124.1 de la Constitution, l'article 435 de la loi d'organisation du pouvoir judiciaire, l'article premier de la loi n° 50/1981 et les articles 3.7 et 7 du Statut du ministère public).

2018 dans l'État partie et ce n'est que le 2 novembre 2018 qu'il a été informé de la décision de renvoi, et le lendemain que la décision de placement a été rendue. De plus, l'auteur insiste sur le fait qu'entre le 28 octobre 2018 et le 16 novembre 2018, il a été détenu dans ces locaux dans des conditions déplorables, sans être protégé par des adultes, sans qu'aucune organisation non gouvernementale ne puisse lui apporter assistance (aucune organisation de ce type n'étant autorisée à pénétrer dans ces locaux), et que la nourriture était toujours froide et en quantité insuffisante. Il ajoute que le centre d'accueil temporaire des migrants dont parle l'État partie n'est pas un centre d'accueil temporaire, mais un ensemble de baraquements situé à proximité des locaux de la police. Ces baraquements ne répondent pas aux normes minimales pour la détention de personnes, et encore moins de mineurs présumés, comme l'auteur, ce qui est une violation flagrante du protocole applicable aux mineurs non accompagnés¹¹.

5.2 L'auteur explique que toute l'argumentation de l'État partie repose sur le fait qu'il n'est pas mineur et que, par conséquent, la Convention ne s'applique pas. Or, il fournit une copie de son passeport, obtenu le 25 mars 2019, qui prouve qu'il est mineur. Il explique que non seulement cela réduit à néant l'argumentation de l'État partie, mais cela montre également que les mécanismes dont dispose l'État partie ne servent pas à repérer et à protéger les mineurs non accompagnés.

5.3 En ce qui concerne la procédure de détermination de l'âge, l'auteur rappelle que son avocate s'est rendue dans les locaux des services judiciaires et a pu vérifier que les résultats des examens médicaux sur lesquels la décision du parquet était fondée ne figuraient pas dans le dossier. C'est pour cette raison que son avocate a demandé le 8 novembre par écrit au parquet à être informée de ces résultats.

5.4 En ce qui concerne l'appréciation des résultats des examens médicaux, l'auteur joint un mémoire du Défenseur du peuple daté du 26 juillet 2019 relatif à la procédure de détermination de l'âge à laquelle ont été soumises des personnes arrivées sur la côte de Santa Cruz de Tenerife le 28 octobre 2018, au nombre desquelles figure l'auteur. Selon ce mémoire, bien qu'un panoramique dentaire de l'auteur ait été effectué, il s'est avéré tout à fait impossible de l'interpréter, l'hôpital indiquant qu'aucun médecin présent n'était capable d'effectuer un tel travail. Toujours selon ce mémoire, la décision par laquelle l'auteur a été déclaré majeur contient une erreur, puisqu'elle indique qu'un panoramique dentaire a été réalisé, sans préciser que celui-ci n'a pu être interprété, faute de médecin capable d'établir le rapport correspondant. Le Défenseur du peuple conclut que, de l'avis général des experts médico-légaux les plus réputés, la réalisation d'une radiographie du carpe ne garantit pas à elle seule que le résultat obtenu au sujet de l'âge osseux de la personne correspond à son âge chronologique.

5.5 Dans ces circonstances, l'auteur soutient que le procureur a rendu une décision relative à son âge sans s'appuyer sur des examens pertinents, en violation de toute la législation en vigueur sur la protection des mineurs. De fait :

- a) Un panoramique dentaire a été réalisé, mais n'a jamais fait l'objet d'un rapport ;
- b) Aucun rapport médico-légal interprétant le panoramique dentaire n'a été fourni car aucun membre du personnel formé pour cela n'était présent ce jour-là ;
- c) En l'absence de rapport, le procureur aurait lui-même interprété cet examen, or il n'appartient pas au parquet de réaliser une expertise médicale ;
- d) La radiographie du poignet et le rapport médical censé l'interpréter n'ont pas non plus été fournis ;
- e) L'auteur n'a pas été informé des examens médicaux auxquels il devait être soumis, et son consentement éclairé n'a pas été recueilli.

¹¹ L'auteur cite l'article 3 de la décision du sous-secrétariat du 13 octobre 2014, relative à l'accord portant approbation du protocole-cadre concernant certaines procédures applicables aux mineurs étrangers non accompagnés.

5.6 En ce qui concerne le non-épuisement des recours internes, l'auteur rappelle que son avocate s'est rendue le 8 novembre 2018 dans les locaux du parquet, afin d'obtenir toutes les informations contenues dans son dossier et de disposer ainsi de tous les éléments nécessaires pour assurer correctement sa défense. Or, le parquet n'a jamais remis à l'avocate la moindre pièce le concernant, ce qui rend sa défense impossible. Dans le même ordre d'idées, les décisions du parquet relatives à la détermination de l'âge ne peuvent pas être contestées en justice, comme l'a confirmé le Tribunal constitutionnel dans son arrêt 172/2013. En outre, bien que l'État partie affirme que la décision pourrait être modifiée à la lumière de nouveaux examens médicaux, la situation financière de l'auteur ne lui a pas permis d'assumer le coût de tels examens. Enfin, dans un contexte d'expulsion imminente, aucun des recours disponibles n'aurait suspendu l'exécution de la décision d'expulsion, de sorte que ces recours étaient inefficaces.

5.7 En ce qui concerne le fond de la communication, l'auteur affirme que l'État partie n'a fourni aucun élément prouvant qu'il avait obtenu son consentement éclairé avant la réalisation des examens médicaux, et qu'il ne lui a pas non plus assigné de tuteur tout au long de la procédure. Pour ce qui est des autres violations alléguées, il renvoie à sa communication initiale car, selon lui, l'État partie s'est contenté de nier ces violations dans ses observations.

Observations complémentaires de l'État partie

6. Dans ses observations du 3 septembre 2019, l'État partie indique que les centres de détention pour étrangers accueillent à titre temporaire des étrangers en attente d'expulsion. Il explique qu'ils se distinguent essentiellement par le fait qu'il s'agit d'établissements non pénitentiaires qui relèvent du Ministère de l'intérieur, où les étrangers sont détenus jusqu'à leur expulsion du territoire (ils ont donc une fonction de prévention et de précaution). Selon l'État partie, l'auteur semble laisser entendre qu'il a passé plusieurs mois dans un « cachot sombre », ce qui est loin de la vérité. L'auteur a été placé au centre de détention pour étrangers parce qu'il était entré illégalement sur le territoire de l'État partie. Il s'agit d'un placement tout à fait temporaire, dans un établissement non pénitentiaire, décidé à titre de précaution en prévision de son expulsion.

Commentaires de l'auteur sur la seconde série d'observations de l'État partie

7.1 Dans ses commentaires du 17 octobre 2019 sur la seconde série d'observations de l'État partie, l'auteur réaffirme que, le jour de son arrivée sur la côte de Tenerife, il a été transféré dans les locaux de la police de Playa de las Américas, dans la municipalité d'Adeje, où il a été détenu jusqu'à son transfert, avec d'autres mineurs, au centre de détention pour étrangers de Hoya Fría, le 16 novembre 2018.

7.2 L'auteur insiste sur le fait qu'il a été détenu dans les locaux de la police du 28 octobre au 16 novembre 2018, dans un milieu fermé et sous la surveillance de policiers, dans des conditions encore pires que celles d'un centre de détention pour étrangers, étant donné que les baraquements n'étaient pas ventilés, qu'il n'y avait qu'une toilette pour 17 personnes, que les migrants étaient enfermés à partir de 19 heures jusqu'au lendemain, et que la nourriture était froide et en quantité insuffisante. Il explique que ces locaux ne sont pas un centre d'accueil temporaire des migrants ni un centre de détention pour étrangers. Le placement en centre de détention pour étrangers nécessite une décision de justice autorisant la détention des personnes concernées pendant plus de soixante-douze heures, comme cela a été le cas pour lui et les autres mineurs.

7.3 L'auteur renvoie aux sections de l'ordonnance de placement prise à son égard le 3 novembre 2019 pour démontrer qu'aucune des mesures qu'elle contient n'a été mise en œuvre puisqu'il a été détenu jusqu'au 16 novembre 2019 dans un centre non autorisé. Ni lui ni les autres mineurs n'ont été traités comme ils auraient dû l'être, étant donné qu'ils ont été détenus dans un lieu soumis à aucune réglementation, en toute illégalité et en violation de toutes les garanties constitutionnelles et des accords internationaux.

Délibérations du Comité

Examen de la recevabilité

8.1 Avant d'examiner tout grief formulé dans une communication, le Comité doit, conformément à l'article 20 de son règlement intérieur, déterminer si la communication est recevable au regard du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications.

8.2 Le Comité prend note de l'argument de l'État partie selon lequel la communication est irrecevable *ratione personae* parce que des examens médicaux montrent que l'auteur est âgé d'au moins 18 ans et que des médecins légistes ont également conclu dans leur rapport qu'il était majeur. Il observe toutefois que l'auteur a déclaré être mineur à son arrivée en Espagne et qu'il possède un passeport officiel attestant sa minorité, auquel l'État partie n'a pas fait référence dans ses observations. Il rappelle que la charge de la preuve ne saurait incomber exclusivement à l'auteur de la communication, d'autant que l'auteur et l'État partie n'ont pas toujours le même accès aux éléments de preuve et que, souvent, seul l'État partie dispose des informations pertinentes. En l'espèce, il prend note de l'argument de l'auteur selon lequel l'État partie n'a pas démontré que les examens médicaux ont effectivement été pratiqués et interprétés par un personnel médical spécialisé. Il constate en particulier que le Défenseur du peuple lui-même a indiqué que le panoramique dentaire, s'il a bien été réalisé, n'a pu être interprété, et que sa prise en considération dans la décision du parquet était une erreur. Compte tenu de ce qui précède, le Comité considère que l'article 7 (al. c)) du Protocole facultatif ne fait pas obstacle à la recevabilité de la communication.

8.3 Le Comité prend note également de l'argument de l'État partie selon lequel l'auteur n'a pas épuisé les recours internes disponibles, car il aurait pu : a) demander au ministère public d'ordonner des examens médicaux supplémentaires ; b) demander au juge civil, conformément à la procédure prévue par l'article 780 de la loi de procédure civile, de réexaminer la décision en application de laquelle il n'a pas été placé sous tutelle ; c) faire appel de la décision de renvoi devant la juridiction administrative ; d) former, devant la juridiction civile, conformément à la loi n° 15/2015, une demande en matière gracieuse aux fins de détermination de l'âge. Parallèlement, il prend note des arguments avancés par l'auteur selon lesquels les recours internes mentionnés par l'État partie ne lui sont pas ouverts ou ne sont pas utiles. Enfin, il prend note de l'argument de l'auteur, non contesté par l'État partie, selon lequel s'étant vu refuser l'accès aux documents censés fonder la décision par laquelle il a été déclaré majeur, son avocate n'a pas pu le défendre correctement de manière à démontrer qu'il était mineur. Dans le même temps, le Comité considère que, dans le contexte de l'expulsion imminente de l'auteur du territoire espagnol, tout recours qui se prolongerait excessivement ou qui ne suspendrait pas l'exécution de la décision de renvoi ne saurait être considéré comme utile¹². Il constate que l'État partie n'a pas démontré que les recours mentionnés suspendraient l'exécution de cette décision. Par conséquent, il considère que l'article 7 (al. e)) du Protocole facultatif ne fait pas obstacle à la recevabilité de la communication.

8.4 Le Comité considère que les griefs que l'auteur soulève au titre des articles 18 (par. 2), 27 et 29 de la Convention n'ont pas été suffisamment étayés aux fins de la recevabilité et les déclare donc irrecevables au regard de l'article 7 (al. f)) du Protocole facultatif.

8.5 Le Comité considère cependant que l'auteur a suffisamment étayé les griefs qu'il tire des articles 3, 8 et 20 de la Convention, en ce sens qu'aucun représentant ne lui a été attribué pendant la procédure de détermination de l'âge à laquelle il a été soumis, que cette procédure n'a pas respecté son droit d'être présumé mineur et a violé son droit à l'identité, et qu'il n'a pas bénéficié de la protection à laquelle il pouvait prétendre en tant que mineur. Il déclare donc que cette partie de la communication est recevable et passe à son examen au fond.

¹² *N. B. F. c. Espagne* (CRC/C/79/D/11/2017), par. 11.3.

Examen au fond

8.6 Conformément à l'article 10 (par. 1) du Protocole facultatif, le Comité a examiné la présente communication en tenant compte de toutes les informations qui lui ont été soumises par les parties.

8.7 Le Comité doit notamment déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, la procédure de détermination de l'âge à laquelle l'auteur, qui affirmait être mineur, a été soumis constitue une violation des droits qu'il tient de la Convention. En particulier, l'auteur a affirmé que son intérêt supérieur en tant qu'enfant n'avait pas été pris en compte au cours de la procédure, du fait de la nature des examens médicaux pratiqués pour déterminer son âge et de l'absence de désignation d'un tuteur ou d'un représentant.

8.8 Le Comité rappelle que la détermination de l'âge d'une personne jeune qui affirme être mineure revêt une importance capitale, puisque le résultat de cette procédure permet d'établir si la personne en question peut ou non prétendre à la protection de l'État en qualité d'enfant. De même, et cela est extrêmement important pour le Comité, la jouissance des droits consacrés par la Convention est liée à cette détermination. Il est donc impératif qu'il existe une procédure adéquate pour déterminer l'âge et qu'il soit possible d'en contester les résultats au moyen d'une procédure de recours. Tant que ces procédures sont en cours, l'intéressé doit se voir accorder le bénéfice du doute et être traité comme un enfant. Le Comité rappelle à cet égard que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale tout au long de la procédure de détermination de l'âge¹³.

8.9 Le Comité rappelle que la personne soumise à l'évaluation doit se voir accorder le bénéfice du doute¹⁴ et que :

[p]our obtenir une estimation éclairée de l'âge, les États devraient 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, comporter des entretiens avec l'enfant, dans une langue que l'enfant comprend [...]¹⁵.

8.10 Le Comité constate que :

a) L'auteur, qui était sans papiers lorsqu'il est entré sur le territoire espagnol, aurait été soumis à un examen médical osseux visant à déterminer son âge, en l'espèce une radiographie du poignet ; un panoramique dentaire a été réalisé mais n'a pas fait l'objet d'un rapport, faute de personnel médical spécialisé ; d'après les informations dont dispose le Comité, aucun examen complémentaire, en particulier une expertise psychologique ou un entretien avec l'intéressé, n'a été réalisé dans le cadre de cette procédure ;

b) À la suite de la radiographie du poignet, il a été déterminé, selon l'Atlas de Greulich et Pyle, que l'âge osseux de l'auteur était d'au moins 18 ans, sans qu'il soit tenu compte du fait que cette méthode, qui n'établit pas d'écart-type pour cette tranche d'âge, ne peut pas nécessairement être extrapolée aux personnes présentant les caractéristiques de l'auteur ;

c) Sur la base de ces résultats médicaux, le parquet a rendu une décision dans laquelle il déclarait l'auteur majeur ;

d) Sur la base de cette décision, le juge compétent a ordonné le placement de l'auteur dans un centre pour adultes ;

e) L'auteur a été libéré, au motif qu'il n'était pas possible d'établir les documents nécessaires pour procéder à son expulsion, et a été remis à la Croix-Rouge à Tenerife ;

¹³ Ibid., par. 12.3.

¹⁴ Ibid., par. 12.4.

¹⁵ Observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 du Comité des droits de l'enfant (2017), par. 4.

f) L'auteur n'était pas accompagné d'un représentant pendant la procédure de détermination de l'âge à laquelle il a été soumis.

8.11 Le Comité prend note en outre des nombreux renseignements figurant dans le dossier qui laissent supposer un manque de précision des examens osseux, qui comportent une grande marge d'erreur et ne sauraient donc être la seule méthode utilisée pour déterminer l'âge chronologique d'un jeune qui affirme être mineur et a présenté des documents pour l'attester.

8.12 Le Comité note en outre que l'auteur affirme qu'aucun tuteur ou représentant ne lui a été assigné pour défendre ses intérêts en tant que personne pouvant être un enfant migrant non accompagné, ni avant ni pendant la procédure de détermination de l'âge à laquelle il a été soumis et à l'issue de laquelle le parquet a conclu qu'il était majeur. Il rappelle que les États parties sont tenus d'assurer à tous les jeunes étrangers qui affirment être mineurs, le plus rapidement possible après leur arrivée sur le territoire, l'assistance gratuite d'un représentant légal qualifié et, le cas échéant, d'un interprète¹⁶. Il considère que le fait d'assurer la représentation de ces personnes pendant la procédure de détermination de leur âge constitue une garantie essentielle pour le respect de leur intérêt supérieur et de leur droit d'être entendues, le rôle joué par le parquet spécialisé dans la protection des mineurs n'étant pas suffisant à cet égard¹⁷. Ne pas le faire constituerait une violation des articles 3 et 12 de la Convention, puisque la procédure de détermination de l'âge est le point de départ de l'application de la Convention. Le défaut de représentation adéquate peut donner lieu à une injustice grave.

8.13 À la lumière de ce qui précède, le Comité considère que la procédure de détermination de l'âge à laquelle a été soumis l'auteur, qui affirmait être mineur, n'a pas été assortie des garanties nécessaires pour protéger les droits que celui-ci tient de la Convention. Dans les circonstances de l'espèce, cette situation résulte de l'absence d'examen propre à déterminer l'âge de l'auteur, du refus d'accorder à celui-ci l'accès aux rapports médicaux censés avoir fondé la décision rendue sur son âge, et de la non-désignation d'un tuteur chargé de l'accompagner pendant la procédure. En conséquence, le Comité estime que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été une considération primordiale pendant la procédure de détermination de l'âge à laquelle l'auteur a été soumis, ce qui constitue une violation des articles 3 et 12 de la Convention.

8.14 Le Comité note également que l'auteur affirme que l'État partie a violé les droits qu'il tient de l'article 8 de la Convention car il a porté atteinte à certains éléments de son identité en lui attribuant un âge qui ne correspondait pas aux informations figurant sur le document officiel délivré par son pays d'origine. Il considère que la date de naissance d'un enfant fait partie de son identité et que les États sont tenus de respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, sans le priver d'aucun des éléments qui la constituent. En l'espèce, il observe que l'État partie n'a pas respecté l'identité de l'auteur puisqu'il lui a attribué une date de naissance qui n'était pas la sienne, sans avoir contacté les autorités du pays d'origine de l'auteur, alors que celui-ci n'était pas demandeur d'asile et qu'il n'y avait donc pas de raison de penser que le fait de prendre contact avec les autorités gambiennes lui aurait fait courir un risque quelconque. En conséquence, le Comité conclut que l'État partie a violé l'article 8 de la Convention.

8.15 Le Comité prend également note des affirmations de l'auteur, non contestées par l'État partie, selon lesquelles celui-ci ne l'a pas protégé en dépit de la situation d'abandon et de grande vulnérabilité dans laquelle il se trouvait. Il constate qu'il y a eu absence de protection avant même que l'auteur soit transféré au centre de détention pour étrangers, lorsqu'il a été détenu pendant plusieurs jours dans un centre autre que celui mentionné dans la décision de justice ordonnant son placement et, en particulier, après que le centre de détention pour étrangers lui-même l'a remis en liberté au motif qu'il n'était pas possible d'établir les documents nécessaires pour procéder à son expulsion. En conséquence, le Comité considère que ces faits constituent une violation de l'article 20 (par. 1).

¹⁶ *A. D. c. Espagne* (CRC/C/83/D/21/2017), par. 10.14.

¹⁷ *Ibid.* ; *A. L. c. Espagne* (CRC/C/81/D/16/2017), par. 12.8 ; *J. A. B. c. Espagne* (CRC/C/81/D/22/2017), par. 13.7.

8.16 Enfin, le Comité constate que l'État partie n'a pas respecté les mesures provisoires consistant à transférer l'auteur dans un centre de protection pour mineurs. Il rappelle que les États parties ayant ratifié le Protocole facultatif ont pour obligation internationale de mettre en œuvre les mesures provisoires demandées en application de l'article 6 du Protocole afin d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé alors que la communication est en cours d'examen, l'objectif étant d'assurer l'efficacité de la procédure de présentation de communications émanant de particuliers¹⁸. En l'espèce, il prend note de l'argument de l'État partie selon lequel le transfert de l'auteur dans un centre de protection pour mineurs pourrait mettre gravement en danger les enfants accueillis dans ces centres. Il observe toutefois que cet argument est fondé sur l'hypothèse que l'auteur est majeur. En conséquence, le Comité considère que l'inexécution des mesures provisoires demandées constitue en elle-même une violation de l'article 6 du Protocole facultatif.

9. Le Comité des droits de l'enfant, agissant en vertu de l'article 10 (par. 5) du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, constate que les faits dont il est saisi font apparaître une violation des articles 3, 8, 12, et 20 (par. 1) de la Convention et de l'article 6 du Protocole facultatif.

10. En conséquence, l'État partie est tenu d'assurer à l'auteur une réparation effective pour les violations subies. Il est également tenu de veiller à ce que de telles violations ne se reproduisent pas. À cet égard, le Comité lui recommande :

a) De garantir que toute procédure visant à déterminer l'âge de jeunes gens qui affirment être mineurs soit conforme à la Convention et, en particulier :

i) Que les documents présentés par les intéressés soient pris en considération et que, dès lors qu'ils ont été établis ou que leur validité a été confirmée par l'État concerné ou son ambassade, leur authenticité soit reconnue ;

ii) Que les jeunes gens concernés se voient assigner sans délai et gratuitement un représentant légal qualifié ou un autre représentant, que les avocats privés désignés pour les représenter soient reconnus et que tous les représentants légaux ou autres représentants soient autorisés à les assister au cours de la procédure ;

b) De faire en sorte que les jeunes gens non accompagnés qui affirment avoir moins de 18 ans se voient assigner un tuteur compétent le plus rapidement possible, y compris lorsque la procédure de détermination de l'âge est encore en cours ;

c) De mettre en place un mécanisme de réparation efficace et accessible aux jeunes migrants non accompagnés affirmant avoir moins de 18 ans afin qu'ils puissent contester les décisions des autorités les déclarant majeurs dans les cas où la détermination de leur âge n'a pas été assortie des garanties nécessaires à la protection de leur intérêt supérieur et de leur droit d'être entendu ;

d) De dispenser aux agents des services de l'immigration, aux policiers, aux fonctionnaires du ministère public, aux juges et aux autres professionnels concernés des formations sur les droits des enfants migrants, et en particulier sur l'observation générale n° 6 du Comité et les observations générales conjointes n°s 3 et 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n°s 22 et 23 du Comité des droits de l'enfant (2017).

11. Conformément à l'article 11 du Protocole facultatif, le Comité souhaite recevoir de l'État partie, dès que possible et dans un délai de cent quatre-vingts jours, des renseignements sur les mesures qu'il aura prises pour donner effet aux présentes constatations. Il lui demande également de faire figurer des renseignements sur ces mesures dans les rapports qu'il soumettra au titre de l'article 44 de la Convention. Enfin, l'État partie est invité à rendre publiques les présentes constatations et à les diffuser largement.

¹⁸ *N. B. F. c. Espagne*, par. 12.11.