

Schweizerische Zeitschrift
für Asylrecht und -praxis

Revue suisse pour la pratique
et le droit d'asile

1/2020

Alters- einschätzung / L'estimation de l'âge

2 EDITORIAL/ÉDITORIAL

ABHANDLUNGEN/DÉVELOPPEMENTS

- 3 Sarah Progin-Theuerkauf, Emanuele Sironi,
Franco Taroni, Joëlle Vuille
L'estimation de l'âge des jeunes personnes migrantes
en Suisse et dans l'Union européenne : perspectives
juridiques et scientifiques

- 9 Chiara Del Gaudio, Léonie Müller,
Nesa Zimmermann
Chère Cour : Propositions pour le jugement imminent
Darboe et Camara c. Italie

- 14 Livia Matter
Das Altersgutachten im schweizerischen Asylrecht
im Lichte des Grundrechts auf informationelle Selbst-
bestimmung

PUBLIKATION/PUBLICATION

- 19 Marc Spescha, Andreas Zünd, Peter Bolzli,
Constantin Hruschka, Fanny de Weck
Kommentar Migrationsrecht

Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH
L'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR
www.osar.ch



Stämpfli Verlag AG

et supérieurs à 18 ans), ou par exemple pour quantifier la borne inférieure et supérieure d'un intervalle de crédibilité en affirmant que l'âge de la personne expertisée se trouve (avec une certaine probabilité, p.ex. 95 %) entre les valeurs de ces deux bornes. Les lignes directrices proposées par l'EASO³⁷, notamment, recommandent que ces renseignements soient transmis à l'autorité. Leur intérêt a également été reconnu par le Tribunal administratif fédéral³⁸.

Le scénario présenté ici est un exemple simplifié permettant d'illustrer comment un soutien statistique peut aider une autorité à obtenir le renseignement qui l'intéresse. Les cas réels sont évidemment plus complexes, car plusieurs attributs physiques sont examinés simultanément. Malgré cela, des modèles mathématiques ont été développés et il est possible d'obtenir des résultats fiables. L'approche bayésienne permet, par le biais des probabilités *a posteriori*, d'explicitier toute l'incertitude engendrée par le raisonnement inférentiel. Par ailleurs, cette approche permet de rendre clairement visible la répartition des rôles entre l'autorité (responsable de la décision) et l'expert-e (qui ne fait qu'évaluer la valeur informative d'une ou plusieurs observations). Elle permet aussi de décomposer les différents éléments du raisonnement et, ainsi, de faciliter la communication entre les différentes personnes concernées, et de permettre l'identification rapide des éventuels points de désaccord entre elles. Enfin, l'approche bayésienne permet aux résultats d'expertise de s'intégrer logiquement dans un cadre décisionnel formel, connu sous le nom de « théorie bayésienne de la décision », qui permet d'identifier la décision qui serait préférée par un agent rationnel au vu des incertitudes inhérentes au cas d'espèce et aux préférences de cet agent quant au risque de décision erronée³⁹.

V. Conclusion

Déterminer l'âge d'une personne migrante dans une procédure d'asile revêt une grande importance, à cause des droits différents reconnus aux mineurs et aux adultes dans ce contexte. Actuellement, il n'existe pas de règles uniformes quant à la façon d'estimer l'âge des jeunes personnes migrantes dans l'Union européenne et en Suisse. En particulier, l'interprétation des observations faites par les expert-e-s et leur utilisation dans un cas donné se fait de façon plutôt disparate, et probablement dans certains cas, de façon informelle. Toutefois, comme nous l'avons vu, l'interprétation des observations faites dans le cadre de l'estimation de l'âge d'une personne est une tâche complexe qui nécessite des connaissances hautement spécialisées. Nous proposons que l'interprétation des données issues des examens médicaux dans le domaine de l'asile se fasse selon une approche bayésienne, car ce cadre permet d'être robuste scientifiquement tout en offrant un maximum de transparence à la personne concernée. Toutefois, en proposant que l'évaluation de l'âge des personnes migrantes se fasse dans un cadre explicitement probabiliste, nous ne prêchons pas pour une mathématisation de la procédure d'estimation de l'âge des migrants, dont l'exactitude serait d'ailleurs bien illusoire. A notre sens, le théorème de Bayes n'est pas un outil de calcul ; son intérêt réside plutôt dans le fait qu'il offre une structure solide au raisonnement que doit tenir l'autorité et qu'il définit précisément le rôle de l'expert-e dans cette procédure. Par ailleurs, il permet à toutes les personnes concernées de parler un langage commun et d'identifier rapidement les éventuels points de désaccord entre elles. Enfin, il permet de rationaliser la prise de décision et de limiter le risque d'arbitraire.

majeur-e, ou l'inverse ? et quels sont les coûts (financiers, sociaux, symboliques) respectifs de chaque décision erronée ? V. not, Sironi E. et al. (2018). Estimation forensique de l'âge des jeunes migrants – Une note sur la scientificité des méthodes employées en Suisse, Jusletter, 8, 10, 2018. Sur la théorie de la décision dans le contexte forensique en général, v. Taroni F. et al. (2010). Data analysis in forensic science : a Bayesian decision perspective, Chichester,

³⁷ V. EASO, p. 40.

³⁸ V. p. ex. TAF, arrêt du 26 janvier 2016 (A-3080/2016), consid. 7, 2.

³⁹ L'approche décisionnelle nécessite, outre la quantification des incertitudes liées aux événements, de quantifier également les incertitudes liées aux conséquences des décisions prises. L'autorité doit se positionner sur les aspects suivants : préfère-t-elle reconnaître comme étant mineur-e un-e migrant-e

Chiara Del Gaudio, Léonie Müller, Nesa Zimmermann*

Chère Cour : Propositions pour le jugement imminent Darboe et Camara c. Italie*

Zusammenfassung

Am 18. Januar 2017 reichten Ousainou Darboe und Moussa Camara, zwei unbegleitete minderjährige Asylsuchende, eine Beschwerde vor dem EGMR ein. Sie beanstandeten insbesondere, dass das von den italienischen Behörden angewendete Verfahren zur Altersbestimmung das Recht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK) und das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMKR) verletze. Der Fall ist zurzeit noch hängig. Deshalb schlagen wir im Folgenden ein Urteil vor, wie es der EMGR in den kommenden Wochen fällen könnte und – unserer Meinung nach – fällen sollte.

I. Introduction

La détermination de l'âge est un enjeu majeur ... pour un-e mineur-e. Dans le domaine de l'asile notamment, elle entraîne diverses conséquences, tant au niveau de la procédure d'asile que s'agissant des conditions d'accueil à garantir à la personne migrante. Des garanties particulières applicables aux seules personnes mineures découlent non seulement du droit européen de l'asile¹ et du droit interne², mais aussi de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)³.

Or, la détermination de l'âge d'une jeune personne migrante est parfois difficile, notamment parce que les personnes migrantes ne sont pas toujours en possession de papiers d'identité attestant de leur âge de manière officielle⁴. En cas de doute sur l'âge allégué, les autorités mènent une procédure de détermination de l'âge, qui inclut fréquemment des tests médicaux. Ces procédures – et les tests en particulier – ont fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine, de la part d'organisations internationales et d'associations d'aide aux ré-

fugiés parce qu'ils sont considérés comme intrusifs et peu fiables⁵. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a également condamné ces expertises médicales – en l'occurrence les tests osseux –, les considérant « inadapté[s] et inefficace[s] »⁶. À l'heure actuelle, plusieurs affaires sont pendantes devant la Cour, qui aura donc bientôt l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de ces procédures avec l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (article 3 CEDH) et la protection de l'intégrité physique et psychique découlant du droit à la vie privée (article 8 CEDH)⁷.

Même avant d'être jugées, ces affaires ont éveillé l'intérêt de la doctrine⁸. Au vu de leur importance, il nous a paru utile d'imaginer d'ores et déjà leur issue potentielle. Dans ce qui suit, après quelques mots sur l'émergence de la « réécriture de jugements » comme véritable méthodologie juridique (II), nous proposerons quelques paragraphes-clés pour le jugement *Ousainou Darboe et Moussa Camara c. Italie* (III), avant de conclure par une brève analyse (IV).

II. La (ré-)écriture de jugement comme nouvelle méthodologie

Une tendance de réécriture d'arrêts, le *rewriting*, se développe dans le milieu juridique⁹. Issue d'une perspective féministe du

⁵ APCE, Résolution 2195 (note 4), no. 6 ; Matthieu Corbaz, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile, Berne : Stämpfli Verlag 2019, pp. 286 ss ; Antonin Gelblat, Robin Medard Inghilterra, L'intérêt supérieur de l'enfant : radiographie d'une exigence constitutionnelle, in : La Revue des droits de l'homme, vol. 16 (2019), accessible en ligne <https://journals.openedition.org/revdh/6496> ; Clémence Grisel, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Genève – Zurich – Bâle : Schulthess 2008, p. 266 ; Separated Children in Europe Programme (SCEP), Statement of good practice, Copenhague, 2009, 4^e éd., p. 25 ; EASO, Practical Guide on age assessment, (note 4) ; OSAR et al., Lignes directrices internationales sur la procédure d'évaluation de l'âge 2013, et les réf. cit., ; Terry Smith, Laura Brownless, La détermination de l'âge : note technique, New York : UNICEF 2013.

⁶ CEDS, Décision sur le bien-fondé du 24 janvier 2018, Comité Européen d'Action Spécialisée pour l'Enfant et la Famille dans leur Milieu de Vie (EUROCEF) c. France, recl. no. 114/2015, par. 113.

⁷ CEDH, requête introduite le 18 janvier 2017, Ousainou Darboe et Moussa Camara c. Italie, req. no. 5797/17 ; CEDH, requête introduite le 28 février 2017, Ebrihima Dansu et autres c. Italie, req. no. 16030/17 ; CEDH, requêtes introduites le 11 janvier 2017, Macalou Sadio et autres c. Italie, req. no. 3571/17, 3610/17 et 3963/17.

⁸ Voir p.ex. Mona Aviat, Bone Testing for Migrants' Age Assessment, Amsterdam Law Forum, vol. 11 (2019/3), pp. 42-49.

⁹ Dans le domaine des droits humains, voir en particulier : Eva Brems, Ellen Desmet (éds.), Integrated Human Rights in Practice : Rewriting Human Rights Decisions, Cheltenham : Edward Elgar Publishing 2017 ; Eva Brems (éd.), Diversity and European Human Rights : Rewriting Judgments of the ECHR, Cambridge : Cambridge University Press 2012.

* Chiara Del Gaudio, Léonie Müller, Nesa Zimmermann, alumnae et co-responsable de la Law Clinic de l'Université de Genève (<https://www.unige.ch/droit/lawclinic/>).

¹ En droit européen, voir l'article 25 de la Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (Directive « Procédure », JO L 180 du 29 juin 2013, pp. 60 ss).

² En droit suisse, voir notamment les articles 7 OA I, 17 al. 2^{bis} LAsi, 82 al. 3^{bis} LAsi.

³ Voir ci-dessous, note 29 et les réf. cit.

⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), Résolution 2195, Enfants migrants non accompagnés : pour une détermination de l'âge adaptée à l'enfant, 2017, no. 1 ; European Asylum Support Office (EASO), Practical Guide on age assessment, 2018, 2^e éd., par. 1.1.

droit¹⁰, la technique de la réécriture de jugements vise plus largement à faire entendre les voix de groupes non-dominants, souvent exclus de la production de savoir juridique¹¹. Cette nouvelle méthodologie juridique souhaite par ailleurs combler le fossé entre le monde académique et les tribunaux. D'une part, elle confronte les académicien-n-es, habituées à la critique de jugements, aux difficultés et contraintes – de forme, de fond, de langage – inhérentes à la création de jugements¹². D'autre part, elle peut donner des outils concrets et directement utilisables aux juges afin d'affiner leur raisonnement¹³. Si la tendance actuelle est la *réécriture* de jugement, des objectifs similaires peuvent également être poursuivis avec une *écriture* de jugement.

C'est ce que nous nous proposons de faire par ces quelques lignes : l'écriture d'un jugement imminent, si ce n'est pas dans sa totalité, au moins de quelques-uns de ces paragraphes-clés en lien avec la détermination de l'âge. Pour ce faire, nous nous sommes inspirées des jurisprudences internationales existantes et des recommandations internationales en la matière, qui figurent en note de bas de page, tout comme certaines explications relatives au raisonnement. Notre but étant de proposer un jugement « réaliste »¹⁴, nous nous sommes inspirées autant que possible de la jurisprudence de la Cour, au point de reprendre certaines de ses formulations.

1. Écriture partielle de l'arrêt Ousainou Darboe et Moussa Camara c. Italie

A. Les faits

L'affaire en cours dont nous allons proposer l'écriture est l'affaire *Ousainou Darboe et Moussa Camara c. Italie* (requête n° 5797/17, introduite le 18 janvier 2017). Elle concerne deux requérants d'asile mineurs non-accompagnés arrivés en Italie, respectivement le 29 juin 2016 et le 4 octobre 2016. Ils furent placés dans un centre d'accueil pour requérant-e-s d'asile majeur-e-s après avoir demandé l'asile et annoncé être mineurs. Les requérants introduisent un recours devant la Cour le 18 janvier 2017 invoquant deux griefs. D'une part, il se plaignent des conditions d'hébergement (surpopulation, absence de chauffage, mauvaises conditions d'hygiène, conditions de promiscuité et violence). D'autre part, ils dénoncent l'absence de protection des autorités italiennes par rapport à leur statut de mineurs non-accompagnés et l'absence de ga-

ranties procédurales concernant le processus de détermination de l'âge, ce qui serait contraire aux articles 3 et 8 de la CEDH. C'est ce second aspect auquel nous répondrons dans ce qui suit¹⁵.

B. Le jugement (extraits)

[...]

II. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DES ARTICLES 3 ET 8 DE LA CONVENTION

[...]

C. Appréciation de la Cour

a. Principes applicables

[...]

101. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle la Convention doit être interprétée en harmonie avec les textes internationaux, et ne pas doit être lue isolément (*Neuling c. Shuruk*, n° 41615/07, § 131, 6 juillet 2010). Dans les décisions concernant un-e mineur-e, il convient d'appliquer l'Article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et de faire primer l'intérêt supérieur de ce-tte dernier/ère (*Neuling c. Shuruk*, précité, § 135, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, § 108, 5 avril 2011, *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, § 108, 19 janvier 2012 et *Mugenzi c. France*, n° 52701/09, § 45, 10 juillet 2014). Dans le processus de détermination de l'âge, l'intérêt supérieur de l'enfant doit également primer¹⁶. La Cour fait référence aux recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et aux Observations du Comité des droits de l'enfant¹⁷, qui estiment qu'une procédure de détermination de l'âge ne doit être lancée que lorsqu'elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et effectuée dans le respect de ses droits humains.

102. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, les enfants sont des personnes particulièrement vulnérables et ont besoin d'une protection particulière (*A. c. Royaume-Uni*, n° 2559/94, § 22, 23 septembre 1998, *O'Keeffe c. Irlande*, n° 35810/09, §§ 144-146, 28 janvier 2014). La Cour a également jugé que les requérant-e-s d'asile constituaient un groupe particulièrement vulnérable de la société et avaient, à ce titre, besoin d'une protection spéciale (*M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 253, 21 janvier 2011). Les enfants migrant-e-s sont ainsi dans une position particulièrement vulnérable à plus d'un titre et la Cour a notamment jugé que cette situation d'extrême vulnérabilité dans laquelle se trouvent les mineur-e-s

¹⁵ S'agissant des conditions d'hébergement, on peut raisonnablement imaginer qu'elles étaient constitutives d'une violation du volet matériel de l'article 3 CEDH en l'espèce (voir en particulier : CEDH, arrêt du 12 juillet 2016, *A.B. et autres c. France*, req. no. 11593/12, par. 109. Voir toutefois CEDH, *M.D. c. France*, arrêt du 10 octobre 2019, req. no. 50376/13, par. 110-111).

¹⁶ Défenseur des droits, Décision du Défenseur des droits n° 2017-205, tiers intervenant dans l'affaire Darboe et Camara c. Italie, Paris le 28 juin 2017, p. 8.

¹⁷ APCE, Résolution 2195 (note 4), no. 6.1 ; Comité des droits de l'enfant (CDE), Observation générale no. 6, 2005, par. 31.

non-accompagné-e-s doit prédominer par rapport à leur statut d'étranger/ères (*Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, § 55, 12 octobre 2006, *Popov c. France*, précité, § 91, *Khan c. France*, n° 12267/16, § 74, 28 février 2019).

103. La Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle il faut accorder le bénéfice du doute aux requérant-e-s d'asile lorsqu'il s'agit d'examiner la crédibilité de leurs déclarations et documents, du fait de leur situation particulière de vulnérabilité¹⁸. Ce n'est que lorsqu'il existe de bonnes raisons de douter de la véracité de ces éléments que les requérant-e-s doivent fournir des explications supplémentaires¹⁹ (*F.N. et autres c. Suède*, n° 28774/09, § 67, 18 décembre 2012, *Mugenzi c. France*, précité, § 47). Néanmoins, la Cour rappelle qu'il est parfois délicat pour les autorités nationales de vérifier l'authenticité des actes d'états civils que leur présentent les requérant-e-s. Par conséquent, les autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles établissent les faits. Il en est de même à l'égard de la décision de pratiquer un examen médical sur des enfants (*M.D. c. France*, n° 50376/13, 10 octobre 2019, § 95, *Mugenzi c. France*, précité, § 51).

104. Cependant, le respect de la Convention implique que le processus de détermination de l'âge satisfasse à des garanties procédurales minimales. Ainsi, dans le but de respecter le principe de proportionnalité, une procédure de détermination de l'âge ne devrait être initiée qu'en cas de doute sérieux quant à l'âge allégué par le/la requérant-e et non pas de façon systématique.

105. Selon la Cour, il faut envisager une approche pluridisciplinaire lorsque le processus de détermination de l'âge est requis. Dès lors, et comme le soutiennent les organisations internationales²⁰, les autorités doivent estimer l'âge en examinant les preuves documentaires, mais aussi en organisant des entretiens dans le but d'évaluer la maturité de l'enfant sur des critères émotionnels, psychologiques, environnementaux, développementaux, et socioculturels²¹. Ainsi, les examens médicaux ne peuvent en aucun cas constituer la seule manière de déterminer l'âge et doivent dans tous les cas être subsidiaires.

¹⁸ Pour une analyse de cette question, voir en particulier Olivia Le Fort, La preuve et le principe de non-refoulement : entre droit international des réfugiés, protection des droits humains et droit suisse des migrations, Schulthess : Genève 2018, pp. 235-261.

¹⁹ L'arrêt *Ahmade c. Grèce* (CEDH, arrêt du 25 septembre 2012, *Ahmade c. Grèce*, req. no. 50520/09) pourrait illustrer cette notion. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le refus du requérant de se soumettre à une radiographie dentaire signifiait qu'il craignait que son âge réel soit révélé. Or, cette affaire concerne une situation très spécifique, où le requérant avait notamment indiqué une dizaine de dates de naissances différentes tout au long de sa procédure d'asile, et la conclusion de la Cour ne peut donc pas être généralisée.

²⁰ Observation générale conjointe no. 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et no. 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, par. 4 ; EASO, Practical Guide on age assessment, (note 4), p. 62.

²¹ Ibid.

106. Tout examen médical effectué sans le consentement libre et éclairé de la personne concernée constitue une ingérence au droit à la vie privée au sens de l'Article 8. Partant, une telle mesure doit être fondée sur une base légale et proportionnée au but légitime poursuivi. Un examen médical important effectué sans consentement peut constituer une violation de l'Article 3. De plus, pour effectuer tout examen médical, les facteurs suivants sont à prendre en compte : la fiabilité de l'examen, le respect de l'intégrité de la personne, les douleurs physiques et la souffrance mentale provoquées, les séquelles laissées par l'examen²².

107. Pour qu'une personne mineure consente valablement à un examen médical, le processus pour l'obtention du consentement doit être entouré d'un minimum de garanties²³. Il faut par exemple, recueillir son consentement à toutes les étapes de l'examen lui offrir le choix d'un-e accompagnant-e et l'informer du motif de l'examen, de son déroulement, des résultats ainsi que respecter sa pudeur (*Yazgül Yilmaz c. Turquie*, n° 36369/06, §§ 45-47, 11 février 2011).

108. En outre, pour des examens importants, la Cour a jugé par le passé que la vulnérabilité particulière d'une personne ne lui permettait pas de résister à un examen médical et que son consentement ne pouvait donc pas être considéré comme libre (voir mutatis mutandis, *Yazgül Yilmaz c. Turquie*, précité, § 47, *Y.F. c. Turquie*, n° 24209/94, § 34, 22 juillet 2003). Les mineur-e-s non accompagné-e-s se trouvent, si ce n'est pas sous le contrôle total des autorités, dans un fort lien de dépendance vis-à-vis d'elles, ce qui accroît encore leur position vulnérable. Dans ces conditions, et en accord avec les recommandations internationales²⁴, la Cour estime que les mineur-e-s non-accompagné-e-s ne peuvent valablement consentir à un examen aussi intrusif que celui de la maturité sexuelle, qui atteint le seuil de gravité de l'Article 3²⁵.

109. Pour des examens moins importants, la question de savoir s'il y a eu un consentement libre et éclairé dépend des circonstances du cas d'espèce. Notamment, une situation de dépendance extrême, des conditions difficiles, un manque d'informations face aux mesures adoptées et le statut d'une personne peuvent mettre à mal sa capacité à consentir valablement à un examen médical. La Cour suit la jurisprudence de la CJUE en considérant que le consentement donné par une personne migrante à une expertise d'âge n'est pas nécessairement libre, vu les pressions qui lui sont imposées par les circonstances (CJUE, C-473/16, § 53, 25 janvier 2018). Partant,

²² Nous nous sommes inspirées de l'arrêt *Jalloh* (CEDH, arrêt du 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. no. 54810/00, par. 76), qui traite d'un examen médical fait sans consentement dans une affaire pénale.

²³ Nous faisons ici un parallèle entre ces deux arrêts en raison du recours à un examen médical sur un-e mineur-e. Voir l'arrêt *Yazgül Yilmaz* (CEDH, arrêt du 11 février 2011, *Yazgül Yilmaz c. Turquie*, req. no. 36369/06, par. 45-47).

²⁴ APCE, Résolution 2195 (note 4), no. 6.7 ; EASO, Practical Guide on age assessment, (note 4), p. 55.

²⁵ Voir également : Daja Wenke, Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des États membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant, Rapport publié par le Conseil de l'Europe, septembre 2017, par. 197-199.

¹⁰ Voir en particulier : Rosemary Hunter, Clare McGlynn, Erika Rackley (éds), *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, Oxford : Hart Publishing 2010 ; Melina Buckley, *Women's Court of Canada Act and Rules*, *Oñati Socio-legal Series* (online), vol. 8 (2018/9), pp. 1259-1274 (<http://ssrn.com/abstract=3244347>) ; Loveday Hodson, Troy Lavers, *Feminist Judgments in International Law*, Oxford : Hart Publishing 2019.

¹¹ Eva Brems, (note 9), p. 3, pp. 11-15.

¹² Ibid., p. 2.

¹³ Ibid., pp. 6-10.

¹⁴ Voir, à ce sujet, Djemila Carron, Ferdinando Miranda, A.P., Garçon et Nicot c. France, un arrêt de la CourEDH réécrit selon la perspective de genre et de sexualités en droit, in : Bérénice K. Schramm, Emmanuelle Tourne Joannet (éds), *Queer(s) et droit international*, Société de Législation Comparée (à paraître 2020).

il faut examiner si les conditions du paragraphe 2 de l'Article 8 sont respectées.

110. Par ailleurs, la Cour rappelle l'obligation de respecter le droit d'être entendu de l'enfant tout au long de la procédure de détermination de l'âge. Comme le recommande le Comité des droits de l'enfant, il faut prendre en compte l'opinion de la personne mineure et lui laisser l'occasion de s'exprimer sur les résultats des expertises, conformément à l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant²⁶. Un-e tuteur/trice indépendant-e et qualifié-e doit également être attribué-e ainsi qu'un-e représentant-e juridique dans le cadre de la procédure d'asile²⁷.

111. Enfin, en accord avec les recommandations internationales, il faut appliquer une présomption de minorité tout au long du processus de détermination de l'âge²⁸. Par ailleurs, le fait de traiter un-e mineur-e comme un-e majeur-e peut entraîner une violation de l'Article 3, en privant le/la mineur-e des garanties procédurales spécifiques pour les personnes mineures et – selon les situations – des conditions d'accueil et d'hébergement adéquates²⁹. Ainsi, même en cas de doute sur son âge, une personne qui allègue être mineure doit bénéficier des protections supplémentaires accordées aux mineur-e-s non-accompagné-e-s tout au long du processus.

b. Application des principes susmentionnés en l'espèce

112. En l'espèce, les requérants ont été soumis à un examen radiologique de la main³⁰, selon la méthode Greulich-Pyle, alors même qu'ils avaient déclaré être mineurs. Au vu des circonstances il n'est pas sûr que le consentement ait été libre. Par conséquent, il faut partir du principe qu'il y a eu une ingérence et qu'il faut analyser les conditions du paragraphe 2 de l'Article 8.

²⁶ CDE, Observation générale no. 6 (2005), par. 25 ; CDE, Observation générale no. 12, 2009, par. 28 ; CDE, Observation générale no. 14, 2013, par. 90.

²⁷ UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale : Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009, par. 69.

²⁸ APCE, Résolution 2195 (note 4), no. 6.10 ; CDE, Observation générale no. 6 (2005), par. 31(i) ; UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale, (note 27), par. 73 et 75.

²⁹ La minorité influe d'une part sur la détermination du seuil de gravité de l'article 3 CEDH (CEDH, arrêt du 4 novembre 2004, Tarakhel c. Suisse, req. no. 29217/12, par. 118-119 ; CEDH, arrêt du 5 avril 2011, Rahimi c. Grèce, req. no. 8687/08, par. 86) et crée d'autre part des obligations positives spécifiques de prise en charge adéquate (Khan c. France, arrêt du 28 février 2019, req. no. 12267/16, par. 44 ; A.B. et autres c. France, arrêt du 12 juillet 2016, req. no. 11593/12, par. 55-56). Voir toutefois l'arrêt M.D. (CEDH, arrêt du 10 octobre 2019, M.D c. France, req. no. 50376/13, par. 111), où la Cour conclut que la situation d'un mineur, traité comme majeur à la suite d'une radiographie du poignet et avant que sa minorité ne soit attestée, quatorze mois plus tard, par le gouvernement de son État d'origine, et qui fut contraint à passer quarante nuits dans la rue, ne violait pas l'article 3 CEDH. Cette conclusion nous paraît incompatible avec les autres arrêts précités.

³⁰ Précisons toutefois qu'il ne découle pas clairement de l'exposé des faits, communiqué le 14 février 2017, à quel stade de la procédure d'asile les examens médicaux ont été effectués.

113. Quant à la base légale, la Cour constate que le droit italien prévoit diverses garanties concernant le processus de détermination de l'âge, conformément aux recommandations internationales en la matière³¹. Il s'agit notamment des garanties suivantes : le droit à l'information sur le processus de détermination de l'âge ; le respect d'une procédure multidisciplinaire pratiquée par un personnel qualifié et respectant les problématiques liées au sexe, à la culture et à la religion ; le respect du principe de subsidiarité pour le recours aux examens médicaux en privilégiant les méthodes les moins invasives et en ne pratiquant pas plus d'examen que nécessaire ; la communication de l'âge estimé en précisant la marge d'erreur qui découle des examens pratiqués ; le traitement de la personne comme un-e mineur-e tout au long du processus de détermination de l'âge et lorsque l'âge n'a pas pu être déterminé par les examens pratiqués³².

114. La Cour relève d'emblée que le seul examen mis en place par les autorités italiennes pour déterminer l'âge des requérants a été une radiographie de la main au mépris de l'approche multidisciplinaire requise en droit interne. En outre, les autorités ont appliqué la méthode Greulich-Pyle, qui est considérée comme peu fiable³³. Ce raisonnement est d'ailleurs appuyé par le fait que les requérants ont pu contester les résultats par une contre-expertise. De plus, contrairement à ce que prévoit le droit interne, la marge d'erreur n'est pas apparue sur les résultats des examens médicaux, de sorte que les requérants ne pouvaient se voir appliquer la présomption de minorité dans le cas où elle aurait été supérieure à deux ans.

115. La Cour observe par ailleurs que les requérants n'ont pas été informés des résultats de l'expertise médicale en violation du droit national, et n'ont en outre pas reçu la décision judiciaire d'attribution de l'âge.

116. Au vu des éléments qui précèdent, la Cour conclut que le droit interne n'a pas été respecté en l'espèce. La non-application des garanties prévues par le droit interne emporte en principe violation de l'Article 8.

117. Dans tous les cas, la Cour estime que l'exigence de proportionnalité n'est pas remplie en l'espèce. S'il est vrai que les expertises médicales peuvent viser un but légitime – permettre aux États de contrôler l'immigration, identifier et

³¹ APCE, Résolution 2195 (note 4), no. 6 ; UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale, (note 27), par. 75.

³² Décret du Président du Conseil des Ministres n° 234 de 2016, art. 4 à 7. Bien que ce décret régleme la détermination de l'âge des mineur-e-s non-accompagné-e-s victime-s de traite humaine, la doctrine italienne considère qu'il faut l'appliquer par analogie aux mineur-e-s non-accompagné-e-s non victime-s de traite humaine. Voir en particulier : <https://www.minoriefamiglia.org/images/allegati/Comunicato-dpcm-accertamento-et.pdf>.

³³ Sarah Depallens, Fabienne Jäger, Nicole Pellaud, Détermination de l'âge des jeunes migrants, Position de la Société suisse de pédiatrie, in : Bulletin des médecins suisses, 24 mai 2017 ; Georg Friedrich Eich, Valérie Schwitzgebel, L'âge osseux ne permet pas de déterminer l'âge des jeunes requérants d'asile, in : Paediatrica, vol. 27, no. 3, 2016.

protéger les migrant-e-s mineur-e-s, elles ne sont pas proportionnées. En effet, dans la pesée des intérêts en jeu, celui des mineur-e-s à bénéficier d'une protection effective doit prévaloir sur celui des États à contrôler leur immigration, notamment au vu de l'importance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et du caractère temporaire des protections offertes. L'identification des enfants doit être faite dans leur intérêt. Le risque d'octroyer, à tort, les garanties supplémentaires accordées aux mineur-e-s à des personnes en réalité majeures est moindre face au risque de priver les enfants de leurs droits fondamentaux.

118. La Cour rappelle que la mesure ne peut être considérée comme fiable et n'est ainsi pas apte à atteindre le but visé. En effet, elle ne permet pas de déterminer avec certitude et précision la majorité ou la minorité des personnes concernées. Les marges d'erreur sont trop importantes pour que son efficacité soit reconnue. Il a été démontré que la marge d'erreur concerne d'autant plus les âges entre 16 et 18 ans³⁴, années litigieuses en l'espèce. Par ailleurs, la Cour relève qu'un raisonnement identique est à appliquer en cas de multiplicité des examens médicaux³⁵. Dans un tel cas, l'addition de ces mesures, intrinsèquement intrusives, portent une atteinte d'autant plus conséquente.

119. Enfin, la Cour relève que les requérants ont été traités comme des majeurs dans l'attente de l'issue de la procédure de détermination de l'âge, sans égard pour la présomption de minorité préconisée tant par le droit interne que par le droit européen et le droit international des droits humains. De ce fait, ils ont été privés des protections auxquelles ils avaient le droit du fait de leur minorité et en application des principes susmentionnés. En accord avec l'intervention du Conseil néerlandais pour les réfugiés et du Conseil européen pour les réfugiés et les exilés³⁶, la Cour estime que ce comportement constitue une violation des Articles 3 et 8.

120. Partant, la Cour conclut qu'il y a eu violation des Articles 3 et 8 de la Convention.

III. Analyse

Nous avons indiqué comme entrée en matière vouloir proposer un jugement réaliste. Or, c'est un réalisme tout relatif. En effet, nous ne nous berçons d'aucune illusion : il est peu probable que la Cour rende un jugement aussi affirmatif. En par-

³⁴ Académie nationale de médecine française, Rapport sur la fiabilité des examens médicaux visant à déterminer l'âge à des fins judiciaires et la possibilité d'amélioration en la matière pour les mineurs étrangers isolés, 2007.

³⁵ En Suisse, la méthode dite des « trois piliers » est actuellement en vigueur (Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Manuel Asile et retour, Article C9 Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA), p. 10 [état au 1^{er} mars 2019]).

³⁶ Conseil néerlandais pour les réfugiés (DCR), Conseil européen pour les réfugiés et exilés (ECRE), tiers intervenant dans l'affaire Darboe et Camara c. Italie, 5 juillet 2017, par. 16.

ticulier, nous n'osons pas espérer que la Cour déclare que les expertises médicales constituent une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale. Nous imaginons cette réticence, et la comprenons jusqu'à un certain point : en effet, les expertises médicales de détermination de l'âge sont aujourd'hui largement pratiquées par les États membres du Conseil de l'Europe et il est ainsi difficile pour la Cour de les condamner en bloc.

Néanmoins, l'affaire Darboe et Camara c. Italie constituerait une excellente occasion pour la Cour de montrer un véritable engagement pour les droits des mineur-e-s en rendant une décision de principe, en s'appuyant sur les diverses recommandations internationales remettant en question les expertises médicales d'âge qui, rappelons-le, sont considérées comme peu fiables et donc inaptes à atteindre le but visé, à savoir distinguer entre les personnes mineures et majeures. À tout le moins, nous espérons que la Cour saisira l'occasion pour insister sur les garanties devant entourer la procédure de détermination de l'âge, et en particulier sur la présomption de minorité qui devrait guider les autorités dans toutes leurs décisions.

Enfin, nous souhaitons conclure cet article avec quelques réflexions plus générales. La limite stricte de la majorité, qui fait tomber toutes les protections du jour au lendemain, doit elle-même être remise en question. Elle est révélatrice d'un phénomène problématique, qui consiste à focaliser sur le seul besoin de protection de certain-e-s migrant-e-s considéré-e-s comme particulièrement vulnérables – les femmes seules, les mineur-e-s –, au détriment des droits des migrants considérés comme moins vulnérables, avant tout les jeunes hommes adultes. Ainsi, les enfants sont considéré-e-s comme étant vulnérables, innocents et « méritant » la protection ; à l'inverse, dès qu'ils/elles ont atteint l'âge de la majorité, les jeunes hommes en particulier ne sont plus considérés comme méritant une protection particulière³⁷. Cette distinction – et le défaut de protection qui va de pair – génèrent de nouvelles vulnérabilités, justement parce que ces personnes ne sont pas considérées comme étant particulièrement vulnérables. Pour les jeunes personnes migrantes en particulier, il serait important de ne pas trop focaliser sur une limite formelle – la majorité – mais de tenir compte de leurs besoins réels et de les accompagner pendant une période de protection.

³⁷ Voir aussi Carly McLaughlin, 'They don't look like children': child asylum seekers, the Dubs amendment and the politics of childhood, Journal of Ethnic and Migration Studies, vol. 44 (2018/11) pp. 1757-1773.