



Quaker United Nations Office

*Publication  
Droits de  
l'homme et  
réfugiés*



**Orphelins de justice**  
**A la recherche de l'intérêt supérieur**  
**de l'enfant lorsqu'un parent**  
**est en prison:**

**Analyse juridique**

*Jean Tomkin*

*Préface de Rachel Brett*





*Publication Droits de l'homme et réfugiés*

## Orphelins de justice

A la recherche de l'intérêt supérieur  
de l'enfant lorsqu'un parent  
est en prison:

Analyse juridique

Jean Tomkin

Préface de Rachel Brett

## Bureau Quaker auprès des Nations Unies

Les Bureaux Quaker auprès des Nations Unies (QUNO), à Genève et à New York, représentent le Comité consultatif mondial des Amis (Quakers), une organisation non gouvernementale avec statut consultatif général auprès des Nations Unies.

Les Bureaux Quaker auprès des Nations Unies travaillent à promouvoir aux Nations Unies et dans d'autres institutions internationales les causes de paix et de justice des Amis (Quakers) du monde entier. Ils sont soutenus par la Comité américain de service des Amis (American Friends Service Committee), l'Assemblée annuelle de Grande Bretagne, la communauté mondiale des Amis, et d'autres groupes et personnes individuelles.

Les travaux du Bureau Quaker auprès des Nations Unies QUNO sur le thème des femmes et des enfants en prison sont financés par Irish Aid

## Autres publications dans cette série

- Jennifer Rosenberg (2009) *Les enfants ont aussi besoin d'un père: enfans dont les pères sont en prison*
- Megan Bastick et  
Laurel Townhead (2008) *Femmes en prison: Commentaire sur l'Ensemble de règles minima pour le traitement des prisonniers*
- Oliver Robertson (2008) *Enfants en prison en raison des circonstances*
- Oliver Robertson (2007) *Parents en prison – Les effets sur leurs enfants*
- Laurel Townhead (2007) *Femmes en détention provisoire – Les conséquences pour leurs enfants*
- Laurel Townhead (2006) *Femmes en prison et enfants de mères emprisonnées*
- Marlene Alejos (2005) *Babies and Small Children Residing in Prisons*
- Rachel Taylor (2004) *Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers: Preliminary Research Paper*



Tous les travaux de QUNO sont publiés sous licence 'Creative Commons'. Ils peuvent être copiés, distribués et modifiés à des fins non commerciales, à condition de mentionner le nom de l'auteur; toute version modifiée doit être publiée sous une licence semblable à celle qui est mentionnée ci-dessus. Pour de plus amples informations et tous les détails concernant la licence, voir <http://creativecommons.org>

Photo de couverture: Jonathan Tomkin

Traduction de Claire Chimelli

Des exemplaires de toutes les publications QUNO peuvent être téléchargés gratuitement sur notre site: [www.quno.org](http://www.quno.org). Des exemplaires imprimés sont disponibles sur demande.

Bureau Quaker auprès des Nations Unies  
13, Avenue du Mervelet  
CH - 1209 Genève  
Suisse

Tel +41 22 748 48 00

Fax +41 22 748 48 19

Email [quno@quno.ch](mailto:quno@quno.ch)

# Table des matières

---

<i>Préface</i>	1
<i>Remerciements</i>	3
<i>Résumé</i>	5
<i>Méthode de travail</i>	7
<i>Introduction</i>	9
<i>1 Les droits légaux des enfants</i>	11
1.1 Les droits des enfants: historique	11
1.2 Le cadre juridique international	12
1.3 Le droit à la vie, à la survie et au développement	13
1.3.1 Le droit au développement	14
1.4 Le droit à vivre avec ses parents, sa famille et dans la société	15
1.4.1 Le droit de la famille à sa vie privée, libre de toute ingérence de l'Etat	16
1.4.2 Le droit à être pris en charge par ses parents et à vivre en leur compagnie	17
1.5 Non-discrimination	18
1.6 L'opinion de l'enfant	18
<i>2 Le principe de l'intérêt supérieur</i>	21
2.1 Introduction	21
2.2 Le principe de l'intérêt supérieur dans les instruments des droits de l'homme	21
2.3 Le principe de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant	21
2.3.1 L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant	22
2.4 Définir l'intérêt supérieur de l'enfant	24
2.4.1 L'enfant au centre de ses droits: trouver le juste milieu entre les intérêts liés à l'autonomie et à l'autodétermination et les intérêts fondamentaux et développementaux	25
2.5 Le rôle de l'autorité judiciaire dans l'évaluation de l'intérêt supérieur	26
2.6 L'application de la preuve scientifique dans l'évaluation du principe de l'intérêt supérieur	28
2.7 Les droits de l'enfant et l'intérêt de la société face à face	29
2.8 Conclusion	32

3	<i>Prisonisation secondaire</i>	33
3.1	Introduction	33
3.2	Effets de l'emprisonnement sur le droit de l'enfant au développement	33
3.2.1	Effets directs de la séparation entre parent et enfant en raison de l'emprisonnement	34
3.2.2	Effets médiateurs – effets indirects de l'emprisonnement d'un parent sur les droits de l'enfant	34
3.3	Les effets de l'emprisonnement sur le droit de l'enfant à vivre avec sa famille	35
3.4	Conclusion sur la prisonisation – l'intérêt supérieur de l'enfant	36
3.5	Atténuer les effets négatifs sur l'enfant	36
4	<i>Prisonisation primaire</i>	39
4.1	Introduction	39
4.2	Perspectives européennes: bref survol	39
4.3	Les avantages de la prisonisation primaire	41
4.4	Le droit à la vie, à la survie et au développement	41
4.5	Le droit de vivre avec sa famille	43
4.6	Donner les moyens de l'autonomie	44
4.7	Protection	45
4.8	La situation des enfants de parents détenus dans les pays en développement	45
4.8.1	La manière dont les pays en développement abordent les effets de l'emprisonnement sur les droits de l'enfant: étude de cas sur les prisons boliviennes	47
4.9	Recommandations générales à l'intention des pays en développement	53
4.10	Conclusion	53
5	<i>Pour conclure</i>	55

# Préface

---

Le Bureau Quaker auprès des Nations Unies à Genève a publié depuis 2005 un certain nombre d'études qui examinent divers aspects de l'impact qu'a l'emprisonnement d'un parent sur les enfants. Ces études prouvent largement que cet impact a de nombreuses facettes et qu'il est presque toujours négatif.

C'est au vu de cette réalité que le Bureau Quaker auprès des Nations Unies a jugé qu'il serait utile de repérer des situations dans lesquelles les tribunaux ont tenu compte des conséquences pour les enfants de la condamnation d'un parent responsable de prendre soin d'eux.

Aussi est-ce avec satisfaction que nous avons découvert que Jean Tomkin, avocate stagiaire irlandaise, a écrit sa thèse de maîtrise sur ce sujet. Nous souhaitons la remercier d'avoir bien voulu retravailler sa thèse et la mettre à jour en vue de la publier. En rassemblant les questions juridiques relatives au droit de l'enfant dans ces circonstances, et en examinant la jurisprudence d'une série de pays, y compris l'affaire *S v M* jugée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, qui a fait date, nous espérons qu'*Orphelins de justice* permettra aux avocats, aux juges, aux décideurs politiques et aux militants de comprendre pourquoi et de quelle manière on peut et on doit prendre en compte les intérêts supérieurs de l'enfant et que cette étude les y encouragera, lorsqu'un parent en charge d'enfants se trouve pris dans le système de la justice pénale.

Rachel Brett  
Représentante (Droits de l'homme et réfugiés)  
Bureau Quaker auprès des Nations Unies, Genève



# Remerciements

---

Cette étude résulte en grande partie d'une recherche entreprise en vue d'une thèse de maîtrise dans le cadre du Centre Interuniversitaire Européen pour les Droits de l'Homme et la Démocratisation. Je tiens à exprimer mes sincères remerciements aux personnes suivantes:

Au professeur Paul Lemmens, pour sa patience et sa sagesse durant les premières phases de la présente étude. A Rachel Brett du Bureau Quaker auprès des Nations Unies, qui m'a offert l'occasion de revisiter ce sujet, pour ses conseils et son enthousiasme. Au Dr. Hugh Gash qui a pris le temps de relire l'étude du point de vue de la psychologie de l'enfant, et à toutes les personnes du Bureau de l'ombudsman de Bolivie qui m'ont ouvert leur porte et celles de San Pedro et Obrajes. A T.P. Kennedy et à Eva Massa de la Law Society of Ireland, ainsi qu'à Dara Robinson de Garrett Sheehan and Partners qui n'ont pas cessé de me témoigner leur bienveillance et leur appui tout au long de ma formation et de mes études.

Enfin, ma gratitude s'adresse à Fergal et à ma famille, en particulier à ma mère et à mon frère Jonathan, pour leurs suggestions, leur aide, leur patience et leur appui constants pendant toute l'existence de cette étude ainsi que celle de son auteur.



# Résumé

---

Les droits légaux des enfants dans le droit international se sont développés depuis 1919 et des traités régionaux et mondiaux protègent leurs intérêts. Mais un grand nombre de ces droits, pourtant consacrés par la Convention relative aux droits de l'enfant et par d'autres textes, sont mis en danger lorsque l'un des parents est emprisonné. Les droits de l'enfant à la survie et au développement sont entravés, tant lorsqu'ils sont incarcérés avec un parent détenu que par le fait d'être privés de contact avec un parent, puisque la séparation forcée au sein de la famille qui est souvent associée à l'emprisonnement, porte atteinte au droit qu'a l'enfant aux soins et à la compagnie de ses parents.

A la base des décisions relatives aux enfants, et notamment à ceux qui vivent l'emprisonnement effectif ou potentiel d'un parent, il faut placer leur intérêt supérieur. Les Etats ont interprété de manières diverses le principe qui exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale. La présente étude analyse les approches des divers tribunaux dans différentes juridictions. La Cour suprême du Canada, par exemple, a décidé que le principe de l'intérêt supérieur n'est pas fondamental au point de l'emporter sur toutes les autres considérations, alors que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a exigé que l'on prenne en compte l'impact sur les enfants au moment de condamner des délinquants avec charge d'enfants. En Australie, les tribunaux ont eu à juger une affaire dans laquelle les deux parents de trois enfants étaient condamnés à une peine de prison. La cour a expressément examiné l'impact négatif que cette condamnation aurait sur les enfants, ainsi que les obligations internationales de l'Etat, et a ordonné que la mère soit libérée conditionnellement. En Italie, les femmes enceintes et celles qui ont des enfants de moins de trois ans sont placées en résidence surveillée plutôt qu'emprisonnées.

Les tribunaux ont parfois à équilibrer les divers droits et intérêts des enfants, notamment leurs intérêts *fondamentaux* (prise en charge générale physique, intellectuelle et affective), les *intérêts de leur développement* (développement des capacités de l'enfant pour son avantage maximum) et *l'intérêt de son autonomie* (nouer des relations sociales et faire des choix personnels), et ils doivent parfois mettre ces intérêts en balance avec ceux de l'ensemble de la société. L'absence de lignes directrices données par la législation a amené dans bien des cas les tribunaux à fixer et à élaborer eux-mêmes des critères permettant de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans le monde entier, des millions d'enfants sont touchés par le fait que l'un de leurs parents est en prison. Ce fait peut avoir des conséquences sur leur développement en raison de facteurs tels que la perte de contact avec le parent emprisonné et des soins qu'il dispensait, la perte de revenu et de stabilité, de même que par la réaction personnelle de l'enfant face à la situation. Les effets négatifs de l'emprisonnement d'un parent ont incité à prendre des mesures en vue de trouver une solution à ce problème, notamment dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, qui stipule que les Etats parties doivent «veiller à ce qu'une peine autre qu'une peine d'emprisonnement soit envisagée d'abord dans tous les cas lorsqu'une sentence est rendue contre [des] mères». Le projet de Lignes directrices de l'ONU pour l'utilisation et des conditions appropriées de prise en charge de remplacement des enfants souligne l'importance de la stabilité de la prise en charge et du maintien de liens sûrs et continus avec les responsables principaux.

Les règles autorisant les enfants à vivre en prison avec un parent incarcéré varient beaucoup d'un Etat à l'autre et même à l'intérieur d'un même Etat. Selon le Conseil de l'Europe, la prison offre un environnement inapproprié aux bébés et aux jeunes enfants, mais dans les prisons qui parviennent à créer des aménagements et des pratiques plus favorables aux enfants, les avantages que procure le maintien des liens entre les jeunes enfants et leur mère détenue s'avèrent plus importants. Toutefois, le droit légal de l'enfant à ce que l'on serve son intérêt supérieur dépend de facteurs comme les aménagements permettant de le stimuler et de favoriser son développement, l'attitude du personnel de la prison et les résultats probables auxquels on peut s'attendre s'il vit à l'extérieur, avec d'autres

personnes qui les prennent en charge. Les enfants doivent être protégés de ce qui peut leur nuire, et stimulés par l'éducation ou par d'autres moyens et jouir de la compagnie de leur famille. Dans les pays économiquement faibles, les enfants vivant en prison peuvent être matériellement plus démunis que ceux qui vivent dans des pays plus riches, avec des problèmes liés à l'alimentation, à la santé, au logement, à l'éducation et aux loisirs. Toutefois ces Etats peuvent aussi exiger que des normes minima soient respectées en matière de droits et de bien-être des enfants, comme cela a été le cas en Inde en 2006.

Des recherches de terrain menées en Bolivie ont révélé que malgré des dispositions légales exigeant que les enfants vivant en prison aient accès à une *guarderia* (sorte de crèche) et à une nutrition adéquate, les prisons sont en réalité des lieux comportant des risques graves pour les droits et le bien-être des enfants. Les trois quarts de la population carcérale de Bolivie attendent d'être jugés. On alloue des cellules aux détenus dans la mesure où ils peuvent les payer, ce qui signifie que certains d'entre eux et les membres de leur famille vivant avec eux doivent dormir dehors ou sur le sol de cellules déjà comblées. Des cas de malnutrition infantile ont été signalés et certains enfants vivant en prison ont adopté le comportement asocial de leurs parents et d'autres détenus. Lorsque les enfants vont à la *guarderia*, ils sont souvent laissés à eux-mêmes, alors que ceux qui vont à l'école à l'extérieur de la prison ont subi la stigmatisation, des brimades et l'isolement. Des modifications du système de la justice pénale ont été recommandées, ainsi qu'un soutien plus appuyé à l'ombudsman des prisons et un accroissement du nombre et de la qualité des avocats de la défense.

L'importance de la famille, lorsqu'il s'agit de donner un sentiment d'appartenance, de transmettre des compétences et des valeurs et de poser des limites comportementales, est essentielle pour le développement sain des membres de cette famille et pour la société en général. Le but et l'utilisation des prisons doivent être considérés dans un contexte plus large et la réinsertion doit passer du domaine de l'éloquence judiciaire au cœur de la politique carcérale. Les intérêts de l'enfant doivent être pris en considération de manière plus imaginative, lors du prononcé de la peine, en recourant à des approches axées sur la communauté et la justice restauratrice; on s'efforcera de maintenir le contact avec les parents détenus (à condition que cela soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant). L'application du principe de l'intérêt supérieur, dans ces cas, pourrait contribuer à réduire le risque d'une perpétuation de la délinquance d'une génération à l'autre, et à faire en sorte que l'administration de la justice gagne à éviter de châtier d'autres personnes que l'auteur des délits. Si l'on ne parvient pas à défendre l'intérêt supérieur de l'enfant, cela pourrait entraîner une confusion du concept de justice et les enfants pourraient devenir orphelins de justice.

# Méthode de travail

---

La présente étude a été écrite principalement dans une perspective juridique, et son contenu se fonde en grande partie sur une analyse de décisions judiciaires, de la jurisprudence, de la législation nationale et d'instruments internationaux des droits de l'homme. Toutefois, considérant la complexité des droits des enfants en général et les effets néfastes de l'emprisonnement d'un parent, notamment sur les droits au développement de l'enfant, nous avons adopté une approche plus globale. Celle-ci comporte l'étude des perspectives philosophiques, psychologiques, sociales et politiques pertinentes.

L'étude se fonde principalement sur des sources législatives, des articles et des rapports sur des recherches empiriques. Cependant, pour tenter d'équilibrer la théorie et la pratique et contribuer à formuler des propositions de réforme modestes, mais pratiques, ces sources ont été complétées par une recherche sur le terrain, ainsi que par des interviews téléphoniques et des questionnaires. Nous avons visité deux prisons de La Paz, Bolivie, avec l'aide du Bureau de l'ombudsman et des personnes de ce bureau chargées de cas particuliers, du directeur des prisons pour hommes et pour femmes, de travailleurs sociaux, d'enseignants et de pédiatres, de même que de personnes travaillant à la crèche et dans les cuisines de la prison. En Irlande, nous avons visité les prisons pour hommes et pour femmes de Dublin. Des questionnaires sur la présence d'unités mère-enfant dans les prisons, d'autres aménagements destinés aux enfants et toute mesure prise en vue de maintenir contact familial pendant l'incarcération du parent ont été envoyés dans plus de 30 pays européens.



# Introduction

---

Selon les estimations, 9,25 millions de personnes sont emprisonnées dans le monde.<sup>1</sup> Ces emprisonnements affectent à la fois la vie de ceux qui sont derrière les barreaux et celle de ceux qui sont à l'extérieur. Les études sur les législations et la recherche empirique concernant les effets de l'incarcération sur les enfants de détenus sont rares, ces enfants que Roger Shaw a appelés *les orphelins de justice*.<sup>2</sup>

Mais on se trouve face à la question: que faire des millions d'enfants confrontés à une situation où un ou les deux parents sont en prison? Le dilemme a été formulé dans un rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui a jugé que «les prisons n'offrent pas un environnement approprié pour les bébés et les jeunes enfants et causent souvent des problèmes de développement à long terme. Mais si les bébés et les enfants sont séparés de leur mère, ils subissent des traumatismes affectifs et sociaux permanents.»<sup>3</sup>

La présente étude explore les effets de l'emprisonnement d'un parent sur les droits de l'enfant. Elle évalue, au vu de la jurisprudence et des instruments juridiques pertinents, la meilleure façon de réconcilier les droits de l'enfant avec la nécessité qu'a la société de demander des comptes aux délinquants. Elle examine les prisons où la famille est séparée et où les contacts entre le parent et l'enfant est réglé au moyen des heures de visite ainsi que celles où les enfants vivent dans la prison avec leur parent incarcéré, afin d'identifier la manière optimale d'assurer que les droits des enfants dont les parents sont emprisonnés soient respectés, protégés et mis en œuvre. Un thème sous-jacent à l'ensemble de l'étude est le fait que les effets de l'incarcération d'un parent sur les enfants ne constituent pas une préoccupation locale seulement, mais qu'il s'agit d'un problème mondial affectant tant les enfants des pays développés que de ceux des pays en développement.

---

1 Liste mondiale de la population carcérale. Cette liste a paru pour la première fois en 1999 sous l'égide du Research, Development and Statistics Directorate du Ministère de l'Intérieur du Royaume Uni et publié par John Walmsley sous le titre Research Findings No. 88. La septième édition a paru en 2006. Le World Prison Brief, une base de données exhaustive offrant des informations sur les systèmes carcéraux du monde ont cette liste pour base; il est disponible à l'adresse: [www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org). Il émane du Centre international d'études des prisons du King's College de l'Université de Londres.

2 Shaw, Roger (1992) 'fathers and the orphans of justice' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' children, what are the issues?* (London: Routledge), pp.41- 48

3 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (2000) Doc. 8762: Mères et bébés en prison, disponible à l'adresse <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8762.htm>, (consulté le 10 mai 2007)



# I Les droits légaux des enfants

## I.1 Les droits des enfants: historique

Les droits des enfants font partie du discours des droits de l'homme depuis 1919, date à laquelle l'Organisation internationale du travail a publié un certain nombre de conventions relatives aux normes applicables au travail des enfants. Toutefois, ce n'est qu'à la suite de la Déclaration des droits de l'enfant ou Déclaration de Genève, adoptée par la Société des nations en 1924 que l'on s'est mis à reconnaître les droits de l'enfant dans une large mesure. Nonobstant les différences idéologiques existant entre ces droits et ceux qui sont reconnus et défendus aujourd'hui dans le monde entier, la Déclaration de 1924 a constitué un fondement important des droits des enfants. Ceux-ci ont été développés en 1959 dans la Déclaration des droits de l'enfant des Nations Unies.

Ces premières dispositions avaient un caractère axé sur la protection et le bien-être. Le ton général en était que l'enfant «n'étant pas en mesure d'exercer lui-même ses droits, les adultes le font en lieu et place de l'enfant et sont de ce fait soumis à certaines obligations. On pourrait donc dire qu'un enfant a un statut juridique spécial résultant de son incapacité à exercer ses droits.»<sup>4</sup> Un jugement prononcé en 1979 en Irlande dans l'affaire *State (M) v The Attorney General* illustre cette manière d'aborder les droits des enfants. Dans ce cas, la Cour suprême d'Irlande rappelle que «les tribunaux ont invariablement interprété le droit [d'un enfant] à la liberté comme un droit qui ne peut pas être exercé de par son propre choix (qu'il n'est pas capable de faire), mais par le choix de ses parents ou son tuteur légal, toujours sous réserve du droit des tribunaux de refuser ce choix, par une procédure appropriée, dans l'intérêt dominant du bien-être de l'enfant».<sup>5</sup>

Par la suite cependant, les droits de l'enfant ont évolué graduellement vers une autonomie de l'enfant. La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) de 1989, en particulier, indique clairement un déplacement vers la reconnaissance de l'enfant en tant que détenteur actif de droits et non pas simplement comme l'objet passif de droits qui lui sont octroyés.

La Convention des droits de l'enfant comporte un ensemble divers de droits généraux tels que le droit à la vie et au développement, ainsi que des droits visant au bien-être. Elle prévoit également des droits civils et politiques ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels. Le large éventail de dispositions reflète des perspectives globales sur les droits des enfants. En outre, le fait que la Convention, de tous les instruments internationaux des droits de l'homme, est celui que le plus grand nombre d'États ont ratifié témoigne de la valeur que l'on accorde à la préservation des droits des enfants.

Dans son analyse de la CDE, Michael Freeman note que l'axe central des droits formulés dans la Convention se trouve peut-être dans l'article 12.<sup>6</sup> Cet article demande aux États parties de garantir à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et que ces opinions soient prises dûment en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. L'article 12 illustre le déplacement fondamental de l'idéologie des droits de l'enfant au cours des soixante-quinze ans de son histoire. Toutefois le débat n'est pas achevé sur la question de savoir dans quelle mesure il faut prendre *dûment en considération* l'opinion de l'enfant, conformément au principe de l'intérêt supérieur formulé dans l'article 3 de la Convention.

4 Délégué français à la Commission des droits de l'homme en 1959, cité par Veerman, Philip (1992) *The rights of the child and the changing image of childhood*, (Dordrecht: Nijhoff), p.164.

5 *State (M) v The Attorney General* [1979] IR 73

6 L'importance de l'article 12 a été récemment réaffirmée par les États parties au cours de la 27e session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'ONU intitulée "Un monde digne des enfants", tenue en 2002

Le Comité des droits de l'enfant a noté, dans son Observation générale N° 5, que la participation active est l'un des quatre principes généraux de la Convention.<sup>7</sup> En outre, il déclare que la mise en œuvre de l'article 12 fait partie intégrante de la mise en œuvre d'autres articles, de même qu'un droit de l'enfant en soi.<sup>8</sup> Le Comité a jugé que la base des droits de l'enfant concernait les droits des enfants à s'exprimer, à participer et à ce que leurs opinions soient entendues. Au centre de ce droit, on trouve ce que le Comité a appelé *un nouveau contrat social*, où les enfants sont pleinement reconnus en tant que détenteurs de droits habilités à recevoir une protection, mais ayant aussi le droit de prendre part à toutes les questions les concernant, un droit qui peut être considéré comme le symbole de leur reconnaissance en tant que détenteurs de droits.<sup>9</sup> La présente étude va examiner dans quelle mesure la participation des enfants à l'exercice des droits formulés dans la Convention, conformément à l'article 12, correspond à leur intérêt supérieur dans des circonstances où l'un de leurs parents va être emprisonné.

## 1.2 Le cadre juridique international

Comme on l'a vu ci-dessus, les dispositions légales spécifiquement destinées à répondre aux besoins des enfants dont les parents ont été incarcérés sont rares. La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant constitue une exception à ce déficit législatif: son article 30 prévoit expressément une disposition pour les enfants de mères emprisonnées. Il exige que des peines non privatives de liberté soient envisagées d'abord dans tous les cas et que l'on établisse et encourage des peines de substitution. Les articles 30 et 30.f) déclarent qu'il faut «veiller à ce que le système pénitencier ait essentiellement pour but la réforme, la réintégration de la mère au sein de sa famille et la réhabilitation sociale». D'autres instruments régionaux sont muets sur cette question. Ce mutisme a pour résultat que les tribunaux ont dû adapter et appliquer des dispositions légales de caractère plus général lorsqu'ils avaient à examiner les droits des enfants dans des cas donnés.

Bien que la CDE soit la source première des droits des enfants dans le droit international des droits de l'homme, elle n'est pas la seule. Le Comité des droits de l'enfant a noté que la Convention «participe d'une perspective holistique du développement de la jeune enfance reposant sur les principes d'indissociabilité et d'interdépendance de tous les droits de l'homme.»<sup>10</sup> La foule de traités internationaux, d'accords et de conventions s'appliquent tous aux enfants. L'Observation générale N° 17 du Comité des droits de l'homme sur l'article 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques note que les enfants bénéficient de tous les droits civils reconnus dans le Pacte du fait même de leur qualité d'individus.

En outre, il existe de nombreux instruments reconnaissant et assurant les droits des individus privés de liberté. Ces instruments existent aux niveaux international, régional et national, sous la forme de déclarations, d'accords et de conventions. Le préambule des Principes et pratiques optimales relatifs à la protection des personnes privées de liberté dans les Amériques (Principes interaméricains) souligne la situation précaire des personnes détenues dans les prisons et les conditions critiques qu'elles subissent. Le Principe X prévoit que «Lorsque les mères ou pères privés de liberté sont autorisés à garder leurs enfants mineurs dans les centres privés de liberté, les mesures nécessaires doivent être prises pour organiser des garderies d'enfants dotées de personnel qualifié et offrant des services appropriés dans les domaines de l'éducation, de la pédiatrie et de la nutrition, afin de

7 Comité des droits de l'enfant, Observation générale N° 5, CRC/GC/2003/5, p. 5

8 Comité des droits de l'enfant, Recommandations finales après la journée de discussion générale sur le droit à être entendu, septembre 2006.

9 Comité des droits de l'enfant, Recommandation finale après la journée de discussion générale sur le droit à être entendu, septembre 2006, souligné également dans Comité des droits de l'enfant, observation générale N° 12, CRC/C/GC/12, paragraphe 2

10 Comité des droits de l'enfant, Journée de débat général sur la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, 17 septembre 2004, paragraphe 1

garantir l'intérêt supérieur de l'enfant.» Une décision récente de la Cour suprême de l'Inde<sup>11</sup> a présenté en grandes lignes des recommandations semblables concernant les dispositions destinées aux enfants vivant en prison avec leur mère dans les domaines de l'éducation et de la nutrition. Le Principe XVIII des principes interaméricains prévoit aussi le maintien de contacts réguliers des familles avec les enfants de parents séparés à la suite d'une condamnation à une peine de prison. À part ces dispositions législatives et ces délibérations judiciaires limitées, il n'existe que peu de chose en fait d'application et de mise en œuvre de mesures visant à protéger les droits des enfants qui sont en prison avec leurs parents ou ceux qui maintiennent un contact avec eux par des visites et par correspondance.

Le Comité des droits de l'enfant met en lumière quatre principes généraux qui ressortent de la CDE. Ce sont: premièrement *le droit la vie, à la survie et au développement*; deuxièmement, *l'intérêt supérieur de l'enfant*; troisièmement *la participation* et quatrièmement *la non-discrimination*.<sup>12</sup> C'est en se référant à ces principes que la présente étude évalue de quelle manière on peut garantir les droits de l'enfant et veiller à ce que son intérêt supérieur soit respecté lorsque l'un des parents est incarcéré.

### 1.3 Le droit à la vie, à la survie et au développement

La protection du droit à la vie, qui fait partie intégrante de plusieurs conventions internationales, notamment à l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait aussi l'objet de l'article 6 de la CDE qui reconnaît aux enfants le droit à la vie, à la survie et au développement. L'article 6.1 de la CDE stipule que l'enfant a un droit inhérent à la vie et que les Etats parties doivent assurer dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant. Le terme «inhérent» indique qu'il ne s'agit pas d'un droit accordé à l'individu par la société, mais au contraire d'un droit existant que la société a l'obligation de protéger.<sup>13</sup> Dans les articles 6.1 et 6.2, il s'agit de droits qui sont liés entre eux, interdépendants, rattachés aux autres droits formulés par la CDE et définis par eux.<sup>14</sup> Le droit inhérent à la vie est évidemment un droit fondamental sans lequel tous les autres droits énoncés dans la CDE n'ont aucun sens.<sup>15</sup> Ce droit inhérent à la vie, tel qu'il est reconnu dans le Pacte, est plus développé dans la CDE. L'Etat a l'obligation positive non seulement de protéger la vie de l'enfant, mais aussi de fournir les ressources adéquates permettant d'assurer sa survie et son développement.

La plupart des instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme offrent une protection spéciale aux femmes enceintes détenues ou qui sont en danger d'être exécutées. C'est le cas tant dans le droit international des droits de l'homme que dans le droit international humanitaire. L'article 76.3 du Protocole additionnel I aux Convention de Genève de 1949 interdit l'exécution des femmes enceintes et des mères d'enfants en bas âge. L'article 6.5 du Pacte stipule que les femmes enceintes ne peuvent être condamnées à mort. En Europe, l'article 1 du Treizième protocole à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ainsi que l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne abolissent officiellement la peine de mort, rendant ainsi superflue à cet égard toute reconnaissance spéciale des femmes enceintes ou de celles qui ont des enfants dépendant d'elles. L'article 7.b. de la Charte arabe des droits de l'homme stipule de même qu'une femme enceinte ou allaitante ne doit pas être exécutée. Enfin, l'article 4.5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme interdit la peine de mort pour les femmes enceintes. Ces droits, destinés à protéger les futures mères ou les mères de nourrissons

11 *R D Upadhyaya v State of AP* [2006] INSC 204 disponible à l'adresse <http://www.commonlii.org/in/cases/INSC/2006/204.html> (consulté le 11 août 2009)

12 Comité des droits de l'enfant, Observation générale N° 5, CRC/GC/2003/5, pp. 4-5, par. 12

13 Detrick, Sharon Lynn (1999) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Kluwer Law International), p.126

14 Nowak, Manfred (2005) Article 6 – *The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), pp.13-14

15 Nowak, Manfred (2005) Article 6 – *The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), p.1

reconnaissent le droit inhérent à la vie de l'enfant qu'exprime l'article 6.1 de la CDE. Toutefois, il est intéressant de noter qu'au cours des négociations, les délégués des gouvernements ont expressément demandé que l'on évite de débattre sur la question du moment auquel la vie commence.<sup>16</sup>

Au cours des négociations qui ont abouti à l'adoption de la CDE, le terme «survie», dans l'article 6, a également été très débattu. Des *travaux préparatoires*, il ressort clairement que la logique sous-jacente à l'emploi du terme «survie» vise à imposer aux Etats une obligation positive pour veiller à ce que des mesures appropriées soient prises pour prolonger la vie de l'enfant.<sup>17</sup> Un observateur de l'Organisation mondiale de la santé a expliqué que dans ce contexte, le terme «survie» comprend la surveillance de la croissance, la réhydratation par voie orale et le contrôle des maladies, l'allaitement, la vaccination, l'espacement des enfants la nourriture et l'alphabétisation des femmes.<sup>18</sup> En outre, les délégués ont fait observer que les termes survie et développement ont acquis le sens particulier d'assurer la survie de l'enfant afin de lui permettre de réaliser pleinement le développement de sa personnalité, tant matériellement que spirituellement.<sup>19</sup>

En outre, on a reconnu que la notion de prolongation de la vie de l'enfant comporte une obligation de prendre des mesures positives pour protéger l'enfant contre la violence et les mauvais traitements. L'article 19 de la CDE met les Etats parties dans l'obligation de prendre toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence, de blessures ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation. De plus, l'article 20 appelle les Etats à veiller à ce que tout enfant qui est privé de son milieu familial soit protégé par l'Etat qui lui accorde une aide spéciale. Les articles 32 à 38 comportent aussi des garanties, notamment l'article 33 qui protège l'enfant contre l'usage illicite de stupéfiants et sa participation au trafic de ces substances. Etant donné l'interdépendance et les relations qu'ont entre eux les instruments des droits de l'homme et les relations existant entre eux, de même que les articles contenus dans chacun de ces instruments, il pourrait être de plus en plus difficile de protéger l'enfant séparé de sa famille. On a noté que le droit de l'enfant au respect de ses opinions, tel qu'il est prévu à l'article 12 et qui sera discuté plus bas de manière détaillée, revêt de l'importance pour la réalisation de ses droits: «Le Comité réaffirme l'obligation incombant aux Etats parties de mettre en œuvre l'article 12, qui énonce un des quatre principes généraux de la Convention relative aux droits de l'enfant et devrait donc faire partie intégrante de la mise en œuvre des autres dispositions de la Convention.»<sup>20</sup>

### 1.3.1 Le droit au développement

Le Comité des droits de l'enfant a noté que le droit au développement selon la CDE doit être défini de la même façon que la Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement, de 1986, définit le développement humain.<sup>21</sup> Le droit au développement comporte un processus global de réalisation des droits des enfants pour leur permettre de «grandir, développer leur personnalité, leurs talents et leurs capacités physiques et mentales dans toute la mesure du potentiel correspondant au stade d'évolution de leurs compétences.»<sup>22</sup> Le Comité a également jugé que le terme «développement» devrait être interprété au sens large, en ajoutant une dimension qualitative: la santé physique n'est pas seule en cause, mais aussi le développement mental, affectif, cognitif, social et culturel.<sup>23</sup> A cet égard, le projet de lignes directrices pour la prise en charge de substitution des enfants, transmis par le Conseil des droits de l'homme lors de sa 11<sup>ème</sup> session à l'Assemblée générale des Nations

16 Rapport du Groupe de travail sur un projet de Convention sur les droits de l'enfant, E/CN.4/1988/28, paragraphe 18

17 Rapport du Groupe de travail sur un projet de Convention sur les droits de l'enfant, E/CN.4/1988/28, paragraphe 21

18 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Dordrecht: Nijhoff), p. 122

19 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Dordrecht: Nijhoff), p. 122

20 Comité sur les droits de l'enfant, Rapport sur la quarante-troisième session, 2006, paragraphe 989

21 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), p.2

22 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), p.2

23 Haut Commissariat aux droits de l'homme, Feuille de données No. 10, disponible à l'adresse <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs10.htm> (consulté le 7 juillet 2007)

Unies, note que «tout enfant et jeune devrait vivre dans un milieu où il est soutenu, protégé et pris en charge et qui promet tout son potentiel».<sup>24</sup>

Lorsqu'il s'agit du droit à la vie, à la survie et au développement, le droit à l'éducation revêt une importance particulière. Ce droit est essentiel pour le développement de l'enfant et sa possibilité de devenir un citoyen conscient et éduqué, capable de défendre ses droits. Malgré son importance, on n'a accordé que peu d'attention à l'éducation des détenus et de leurs familles. Cela est dû à un manque de volonté politique dont témoignent les ressources limitées mises à disposition à cet effet – souvent en raison d'une absence d'intérêt public et de préjugés profondément ancrés à l'égard des délinquants. Il faut souligner que l'élément punitif d'une peine de prison réside uniquement dans la privation de liberté, qui cause en elle-même une grande détresse, et la protection d'autres droits, notamment du droit à la vie, à l'alimentation, à l'éducation et à ne pas être torturé, doit passer avant tout. Face à la grave détresse à laquelle les prisonniers et leurs familles sont confrontés, à leur vulnérabilité inhérente et au fait qu'ils sont négligés, Vernor Muñoz, Rapporteur spécial sur le droit à l'éducation a consacré le rapport 2009 qu'il a soumis au Conseil des droits de l'homme à l'éducation des personnes détenues. Ce rapport souligne le lien qui existe entre l'éducation et son impact positif sur le risque de récidive; il montre qu'elle est aussi en elle-même un impératif et il met en lumière des dispositions nationales concernant l'éducation des enfants vivant en prison. Le rapport note en particulier qu'à part quelques mesures innovatrices, de nombreux pays n'appliquent pas les obligations légales d'offrir une éducation aux enfants vivant en prison.<sup>25</sup>

Dans le cas des enfants dont les parents sont emprisonnés, il convient de prendre en considération les risques pouvant menacer le droit à l'éducation qui fait l'objet de l'article 26 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et des articles 28 et 29 de la CDE. Etant donné l'interdépendance inhérente des droits, toute violation du droit à l'éducation contrevient aussi à d'autres droits, notamment au droit au développement.

Dans un commentaire de l'article 6 de la CDE, Manfred Nowak remarque que les parents jouent un rôle déterminant dans le développement de l'enfant.<sup>26</sup> Cette opinion concorde avec l'article 18.1 qui prévoit que les parents ont la responsabilité primordiale dans l'éducation et le développement de leurs enfants. C'est pourquoi la CDE invite les Etats parties à respecter le rôle des parents à qui il incombe au premier chef d'élever les enfants et d'assurer leur développement, à condition que le milieu permette que l'enfant puisse réaliser tout son potentiel. En outre, comme on le verra ci-dessous, la relation de l'enfant avec ses parents est essentielle pour le développement de son sens de la sécurité et de sa place dans la société. C'est pourquoi séparer de force l'enfant de ses parents peut avoir des effets négatifs sur son développement social.

## 1.4 Le droit à vivre avec ses parents, sa famille et dans la société

L'utilité de la famille en tant que cellule de base de la société fait depuis des siècles l'objet d'un débat. Bien que l'importance de la famille, notamment pour l'éducation et l'aide au développement de l'enfant, demeure primordiale, il n'existe toujours pas de définition universelle claire de la famille, un concept qui, de toutes façons, est continuellement en mutation et varie d'un pays à l'autre. L'importance première de la famille se reflète dans la législation et la jurisprudence nationales, ainsi que dans les instruments internationaux des droits de l'homme. Dans le projet de Lignes directrices pour la prise en charge alternative des enfants, on note que «la famille étant le groupe de base de la société et l'environnement favorable à la croissance, au bien-être et à la protection des enfants, on s'efforcera au premier chef de permettre à l'enfant de rester ou de retourner sous la garde de ses

24 Conseil des droits de l'homme, 11<sup>e</sup> Session, Résolution 11/7: Lignes directrices pour la prise en charge alternative des enfants, paragraphe 4.

25 Muñoz, Vernor (2009) *Le droit à l'éducation des personnes en détention*

26 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The right to life, survival and development* (Leiden: Nijhoff), pp.37-38

parents ou, si cela est approprié, d'autres membres de sa famille proche. L'Etat veillera à ce que les familles aient accès à diverses formes de soutien lorsqu'elles exercent cette prise en charge.»<sup>27</sup>

Dans une analyse sur les droits des parents, David Archard estime que la position juridique des parents dérive de la présomption selon laquelle ils sont les personnes les plus aptes à prendre leurs enfants en charge et les mieux placés pour assurer les droits de l'enfant.<sup>28</sup> Le rôle des parents en tant qu'éducateurs a été qualifié de double. Le premier est un *rôle fonctionnel*, grâce auquel que l'enfant reçoit nourriture, protection et stimulations. On a noté qu'à ce premier stade de la vie de l'enfant, le parent «joue un rôle décisif en façonnant le développement futur de l'enfant».<sup>29</sup> Le second rôle que joue le parent dans le premier développement de l'enfant a été décrit comme un *rôle culturel symbolique*. Ce rôle a de l'importance car c'est lui qui assure à l'enfant un sentiment d'appartenance. «Le rôle du lien parent-enfant dans la construction de l'identité tourne autour de deux éléments: d'une part le processus d'affiliation par lequel l'enfant s'identifie aux structures de parenté et de communauté et s'y intègre, d'autre part les expériences précoces d'attachement. Ces dernières déterminent la mesure dans laquelle un enfant se sent suffisamment aimé et renforcent les sentiments inconscients du droit à l'existence.»<sup>30</sup>

La reconnaissance juridique du rôle essentiel que jouent les parents dans le développement de l'enfant se reflète dans la série d'instruments juridiques qui protègent l'autonomie et la vie privée de la cellule familiale, et en particulier la position des parents. L'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques stipule que la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. Dans des circonstances où un parent est emprisonné, deux aspects du droit à la protection de la famille deviennent particulièrement pertinents: d'une part le droit de la famille à sa vie privée et à ne pas être soumise aux ingérences indues de l'Etat et, d'autre part, le droit de l'enfant à être avec ses parents.

#### 1.4.1 Le droit de la famille à sa vie privée, libre de toute ingérence de l'Etat

Le droit de la famille à la vie privée, libre de l'ingérence de l'Etat, comme le prévoient notamment les articles 17, 23 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, reconnaît l'importance de la famille en tant qu'institution. Il est problématique que l'Etat, par l'usage de peines privatives de liberté, empiète sur l'institution même qui a l'obligation de protéger et de limiter certains des droits les plus fondamentaux qui seraient, autrement, reconnus aux familles. Archard, qui plaide en faveur de l'autonomie et de la vie privée de la famille, soutient que «famille» et «Etat» ont été le plus souvent représentés comme des sphères d'action mutuellement exclusives, et les droits liés à l'autonomie de la famille comme réduisant le pouvoir de l'Etat.<sup>31</sup> On s'appuie souvent à ce propos sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle impose à l'Etat de s'abstenir d'ingérences illégales susceptibles d'empiéter sur le droit à la vie privée et familiale.

Le droit au respect de la vie privée et familiale, telle que prévue par l'article 8.1 de la Convention, n'est pas un droit absolu et il est soumis à des limitations énoncées dans l'article 8.2. Dans l'affaire *Murray and Murray v Ireland*,<sup>32</sup> un mari et sa femme, tous deux purgeant des peines à perpétuité, ont cherché à faire valoir leur droit à procréer. Bien que la Cour suprême d'Irlande reconnaisse le droit d'avoir des enfants comme un droit garanti par la Constitution, la cour a jugé que certains droits peuvent être suspendus ou cesser d'être appliqués en conséquence directe de l'emprisonnement.

27 Annex to Human Rights Council, 11th Session, Resolution 11/7: Guidelines for the Alternative Care of Children, para.3

28 Archard, David (1993) *Children Rights and Childhood* (London: Routledge), pp.102-106

29 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.27

30 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.28

31 Archard, David (1993) *Children Rights and Childhood* (London: Routledge), p.52

32 *Murray and Murray v Ireland* (1991) ILRM 465

#### 1.4.2 Le droit à être pris en charge par ses parents et à vivre en leur compagnie

L'importance du droit de l'enfant à être pris en charge par sa famille et à vivre avec elle est universellement reconnue. Ce droit est contenu dans des conventions internationales, notamment dans l'article 9 de la CDE, ainsi que dans des instruments régionaux, notamment dans l'article 19 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui implique le droit de l'enfant à faire partie d'une famille, dans l'article 16 du Protocole additionnel à cette Convention et dans l'article 19 de la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant.<sup>33</sup>

L'article 9 de la CDE consacre quatre paragraphes à l'expression du droit de l'enfant à être pris en charge par le parent et à être en sa compagnie. Le premier paragraphe impose à l'Etat l'obligation de veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de sa famille contre son gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 9.2 prévoit que lorsqu'il y a risque de séparation, «toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues». L'article 9.3 de la Convention oblige l'Etat, lorsque l'enfant est séparé de ses parents, à veiller au maintien de contacts réguliers, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, l'article 9.4 exige que, lorsque l'Etat est responsable de la séparation d'un enfant d'avec un parent, l'enfant doit recevoir toutes les informations relatives au lieu où se trouve ce parent. L'article 16 de la Convention prévoit que nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance et que l'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. L'article 20 de la Convention souligne l'obligation qui incombe à l'Etat d'assurer une continuité de l'éducation ainsi qu'une protection et une aide à l'enfant qui est éloigné de son milieu familial.

Dans un commentaire de l'article 9, Jaap Doek reconnaît que l'emprisonnement a souvent pour résultat la séparation du parent et de l'enfant.<sup>34</sup> Doek parle du dilemme inhérent que pose l'emprisonnement face aux droits de l'enfant, le choix consistant soit à séparer l'enfant du parent, soit à laisser l'enfant vivre en prison, «sachant qu'une prison n'offre pas l'environnement approprié aux bébés et aux jeunes enfants».<sup>35</sup>

En Europe, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont il a été question ci-dessus dans le contexte du droit à la vie privée et familiale, est souvent pris pour argument pour protéger le droit de l'enfant à être sous la garde de ses parents et à vivre en leur compagnie. Dans l'affaire *Johansen*<sup>36</sup> la Cour, devant la question de savoir si le placement d'un enfant constitue une violation de l'article 8, a jugé que, «eu égard à l'amélioration de la situation de la requérante et aux effets irréversibles que la privation de ses droits parentaux et de l'accès à son enfant sur l'exercice de sa vie familiale avec sa fille, on ne saurait considérer les mesures prises comme justifiées».<sup>37</sup> La Cour a pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant au moment de mettre en balance l'intérêt de l'enfant s'il restait à la garde de l'Etat, et les droits de la mère à être réunie à ses enfants et a jugé qu'enlever l'enfant à la garde de sa mère ne devrait constituer qu'une mesure temporaire. En outre, tout risque menaçant la santé et le développement de l'enfant doit être au centre de toute décision prise pour limiter les droits garantis par l'article 8.<sup>38</sup>

Le droit fondamental de l'enfant à être pris en charge par sa famille et à vivre en sa compagnie a été examiné dans l'affaire *Re J.H., an infant* de la Cour suprême d'Irlande. Dans ce cas, le Président de la Cour, se référant à la Constitution irlandaise, a fait observer que le fait «d'appartenir à la cellule

33 Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (1990), article 19

34 Doek, Jaap (2006) *Article 8: The right to preservation of identity, Article 9: the right not to be separated from his or her parents* (Leiden, Nijhoff), p.23

35 Doek, Jaap (2006) *Article 8: The right to preservation of identity, Article 9: the right not to be separated from his or her parents* (Leiden, Nijhoff), p.23

36 *Johansen v Norway* [1996] ECHR 31

37 *Johansen v Norway* [1996] ECHR 31, par 72

38 *Johansen v Norway* [1996] ECHR 31, at para.78

d'un groupe possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute loi positive»<sup>39</sup> constitue un droit.

La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant reflète dans une certaine mesure les droits contenus dans l'article 9 de la CDE et prévoit (art. 19.1): «Tout enfant a droit à la protection et aux soins de ses parents et, si possible, réside avec ces derniers. Aucun enfant ne peut être séparé de ses parents contre son gré, sauf si l'autorité judiciaire décide, conformément aux lois applicables en la matière, que cette séparation est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.»

L'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus prévoit que lorsqu'il est permis aux mères détenues de conserver leurs nourrissons, des dispositions doivent être prises pour organiser une crèche, dotée d'un personnel qualifié, où les nourrissons seront placés durant les moments où ils ne sont pas laissés aux soins de leurs mères. Pourtant, comme il en est de nombreuses règles minima, les dispositions ont leurs limites, tant en matière de précision qu'en ce qui concerne la protection.

## 1.5 Non-discrimination

L'article 2 de la CDE prévoit que les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction. L'article 2.2 charge les Etats de faire en sorte que l'enfant ne fasse pas l'objet de discrimination motivée par les activités de ses parents. Comme l'écrit le Juge Sachs, un enfant «ne peut pas être traité comme un simple prolongement de ses parents, destiné de par son cordon ombilical à surnager ou à se noyer avec eux... les péchés et les traumatismes des pères et des mères ne devraient pas retomber sur leurs enfants».<sup>40</sup> Le principe de non-discrimination est fondamentalement enraciné dans les instruments des droits de l'homme et il est formulé dans l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le Comité des droits de l'homme a noté que le concept de discrimination comprend toute distinction, exclusion, restriction ou préférence.<sup>41</sup> Le principe d'égalité exige des Etats parties qu'ils prennent des mesures contre la discrimination pour réduire ou éliminer les conditions qui perpétuent la discrimination. L'article 2 de la CDE confère à l'Etat des obligations aussi bien positives que négatives. Reconnaisant le risque de discrimination qui peut surgir à l'encontre d'enfants nés en prison, la Règle 23 de l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus demande que si un enfant est né en prison, il n'en soit pas fait mention sur l'acte de naissance. Dans une décision de la Cour suprême de l'Inde en 2006, le juge Sabharwal, Président de la Cour, a établi la ligne directrice suivante à cet égard: «Dans la mesure du possible et à condition qu'elle ait une option adéquate, des dispositions pour une libération temporaire/conditionnelle (ou une peine avec sursis, dans le cas d'une délinquante mineure et occasionnelle) devraient être prises pour permettre à une prisonnière enceinte d'accoucher hors de prison. On ne peut refuser cette facilité qu'aux seuls cas exceptionnels constituant des risques de haute sécurité ou à des cas de gravité équivalente. Les naissances en prison, lorsqu'elles ont lieu, seront enregistrées au bureau local de l'état-civil. Mais le fait que l'enfant est né en prison ne figurera pas sur l'acte de naissance. Seul le nom de la localité sera mentionné.»<sup>42</sup>

## 1.6 L'opinion de l'enfant

La question de la participation de l'enfant et en particulier de son droit à ce que son opinion soit entendue, ce qui est une manière de lui reconnaître une autonomie, revêt une importance particulière dans le contexte où un parent encourt la prison.

39 *Re J.H., an infant* [1985] IR 375, at para.390

40 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 September 2007), at para.18

41 Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 3 (Treizième session, 1981), <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/c95ed1e8ef114cbe12563ed00467eb5?OpenDocument> (consulté le 10 juillet 2007)

42 *R D Upadhyaya v State of AP*, [2006] INSC 204, at para.11

La liberté d'expression est contenue dans un grand nombre d'instruments des droits de l'homme, notamment dans l'article 19 du PDCP, l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et l'article 10 de la CEDH. Concernant le droit de l'enfant à exprimer son opinion sur des questions qui l'intéressent, il faut se reporter à l'article 12 de la CDE, source d'où dérivent les droits de l'enfant à la participation. L'article 12 prévoit: «Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération ... A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu». L'article 9.2 de la Convention prévoit que toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations concernant la séparation du parent et de l'enfant. Dans un rapport général, le Comité des droits de l'enfant note que l'expression *toutes les parties intéressées* comprend également l'enfant, à qui il faut donner l'occasion de faire entendre son opinion au cours de la procédure.<sup>43</sup>

Pour remplir ces obligations légales, le Comité des droits de l'enfant a identifié un certain nombre de stratégies clés à appliquer, notamment former les personnes de tous les secteurs du système judiciaire tels que fonctionnaires de prison, avocats et juges et, lorsqu'il est question d'une prise en charge de remplacement, garantir au travers d'une législation appropriée que l'opinion de l'enfant en question soit entendue et prise en considération.<sup>44</sup> Le projet de Lignes directrices pour la prise en charge de remplacement des enfants mentionne aussi l'importance que revêt la prise en considération de l'opinion de l'enfant en question dans toute l'application des lignes directrices, et en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer la meilleure manière de procéder.<sup>45</sup>

Ce droit à la participation a été comparé à celui qui figure à l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 8.1 de la Convention américaine et à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantissent une écoute impartiale et publique. L'article 5 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants fait un pas de plus en imposant à l'Etat l'obligation de fournir aux enfants toute l'information nécessaire pour qu'ils puissent être consultés et que leur opinion soit prise en considération.

43 Comité des droits de l'enfant, directives générales concernant la forme et le contenu des rapports périodiques que les états parties doivent présenter conformément au paragraphe 1b) de l'article 44 de la convention, CRC/C/58, paragraphe 69

44 Comité des droits de l'enfant, Observation générale N° 12,

45 Conseil des droits de l'homme, 11ème session, Résolution 11/7: Lignes directrices pour la prise en charge de remplacement des enfants, paragraphe 6 bis



## 2 Le principe de l'intérêt supérieur

### 2.1 Introduction

Le principe de l'intérêt supérieur figure dans de nombreux textes de conventions et de déclarations internationales. Philip Alston parle de ce principe comme de la lunette au travers de laquelle on regarde tous les autres droits.<sup>46</sup> Mais c'est dans la CDE que ce principe apparaît à la fois comme un droit en soi et le principe au travers duquel tous les autres droits sont considérés et interprétés. Pour évaluer comment aborder le mieux possible la question des besoins et des droits d'un enfant lorsque l'un de ses parents ou lui-même est emprisonné, nous allons examiner les droits essentiels de l'enfant, identifiés auparavant comme les plus pertinents dans les circonstances, au travers de la lunette du principe de l'intérêt supérieur.

Le problème qui affecte à la fois l'interprétation et l'application du principe de l'intérêt supérieur réside dans le fait qu'il n'est pas défini et manque de clarté. Le soin de définir le contenu et la portée du principe est laissé aux différents Etats parties, ce qui entraîne des résultats variés, dépendant considérablement du contexte social et culturel ainsi que des décisions judiciaires. Le juge Brennan de la Cour suprême d'Australie a remarqué que «le principe de l'intérêt supérieur dépend des systèmes de valeurs du décideur. En l'absence de toute règle ou ligne directrice, cette approche crée simplement une discrétion de jugement impossible à examiner entre les mains du pouvoir.»<sup>47</sup>

### 2.2 Le principe de l'intérêt supérieur dans les instruments des droits de l'homme

Même si le lien existant entre le principe de l'intérêt supérieur et la CDE est particulièrement étroit, il demeure une norme importante dans d'autres instruments internationaux. L'article 5 b) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prévoit que «dans le soin d'élever leurs enfants ... l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas». L'article 16 d) de cette Convention spécifie que dans toutes les questions relatives au mariage et aux relations familiales, c'est l'intérêt des enfants qui est la considération primordiale. En outre, Alston note que même si l'expression n'apparaît pas dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant dans deux observations générales.<sup>48</sup> L'application de ce principe au plan international indique qu'il est généralement admis.<sup>49</sup>

### 2.3 Le principe de l'intérêt supérieur dans la Convention relative aux droits de l'enfant

Bien que l'article 3.1 de la CDE constitue la source première du principe de l'intérêt supérieur, celui-ci est invoqué dans de nombreuses autres dispositions de la Convention. L'article 9 prévoit par exemple que lorsque l'enfant est séparé de ses parents, cela doit être dans l'intérêt supérieur de cet enfant. Selon l'article 20, là où on a jugé qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de l'éloigner de son milieu familial, il a droit à une protection spéciale de la part de l'Etat. L'article 18 prévoit que

46 Alston, Philip (1994) 'The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights,' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, p.5

47 Brennan J., *Department of Health and Community Services v JWB and SMB FLC* (1992), at 92-3

48 Alston, Philip (1994) 'The Best Interest Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights,' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, p.4

49 Par exemple *K and T v Finland* [2000] ECHR 174

les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement et que leur souci principal doit être son intérêt supérieur.

### 2.3.1 *L'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant*

L'article 3, qui comprend trois parties, est la disposition centrale en ce qui concerne le principe de l'intérêt supérieur. On en a parlé comme d'une «disposition-cadre», utilisée pour «soutenir, justifier ou clarifier une approche particulière de questions qui surgissent à propos de la Convention». <sup>50</sup> Il fonctionne souvent comme un principe médiateur qui peut contribuer à résoudre des conflits entre divers articles et aider à l'interprétation et à l'application de lois et de pratiques non prévues par la Convention. <sup>51</sup>

#### *Article 3.1*

*Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.*

En parlant de *toutes les décisions*, l'article implique un acte positif de la part de l'Etat. Michael Freeman soutient toutefois que même si les rédacteurs n'ont pas pris en considération des omissions ou l'incapacité d'agir, de la part de l'Etat, une interprétation réfléchie de la CDE indique que l'Etat a le devoir implicite de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté. <sup>52</sup> L'Etat a l'obligation de subvenir aux besoins d'un enfant qui est séparé de ses parents par suite de l'emprisonnement de l'un d'eux. <sup>53</sup> L'article 9.2, comme on l'a vu plus haut, soutient cette obligation d'offrir une prise en charge de remplacement adéquate.

Il faut cependant examiner si l'emprisonnement d'un ou des deux parents *concerne* effectivement l'enfant dans le sens de l'article 3.1. La encore, la formulation importe. Dans quelle mesure le terme «concernent» doit-il être interprété au sens large ou dans un sens restreint? On a soutenu que l'article 3 devrait être interprété au sens large, de sorte que le mot «concernent» renvoie à toute action affectant les enfants ou ayant un impact sur eux. Alston maintient que l'article 3 s'applique de manière large, englobant toutes les décisions judiciaires et administratives, les dispositions légales et les programmes ou services susceptibles d'avoir un *impact* sur les enfants. <sup>54</sup> En outre Freeman et Alston notent qu'il importe d'utiliser le mot «enfants» au pluriel plutôt qu'au singulier, dans la première phrase de l'article 3.1, ce qui indique la ferme intention de donner à cet article le sens le plus large et le plus flexible possible. <sup>55</sup> Jonathan Todres, à propos de l'expression «toutes les décisions qui concernent les enfants», souligne la flexibilité de l'article et soutient qu'il est «destiné à être interprété au sens large, de manière à englober toute décision qui affecte les enfants, directement ou indirectement». <sup>56</sup> La décision du juge Sachs, de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, illustre les défis auxquels les tribunaux sont confrontés lorsqu'ils interprètent des principes à large portée: «Une fois de plus, on remarque que la portée du principe de la nature primordiale entraîne le risque de sembler tout promettre en général, tout en ne tenant que peu en particulier. Ainsi, la notion de «l'intérêt supérieur» a été attaquée en tant que foncièrement indéterminée, et donnant peu de lignes directrices à ceux à qui il incombe de l'appliquer.» <sup>57</sup>

50 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Kluwer International Press), p.92

51 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Kluwer International Press), p.92

52 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht: Nijhoff), p.45

53 Convention des droits de l'enfant (1989), Article 20

54 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht: Nijhoff), p.44

55 Freeman, Michael (2000) 'Taking Children's Rights More Seriously' in *International Journal of Law and the Family*, p.46

56 Todres, Jonathan (1998) 'Emerging Limitations of the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child and its Early Case Law' in *Columbia Human Rights Law Review*, p.17

57 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 septembre 2007), paragraphe 23

Initialement, on envisageait que l'exigence d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant serait «la considération primordiale». Toutefois, les rédacteurs de la CDE ont recherché une plus grande flexibilité et, dans le texte final de l'article 3, l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu «une considération primordiale». Dans une analyse de l'article 3, Freeman remarque que l'usage de l'article indéfini exprime la reconnaissance du fait que «des intérêts en concurrence, notamment ceux de la justice et de l'ensemble de la société devraient avoir une importance au moins égale, sinon supérieure à celle des intérêts de l'enfant».<sup>58</sup>

En outre, les *travaux préparatoires* révèlent qu'à la suite d'un débat entre les délégués et les observateurs, le terme «considération capitale» a été remplacé par «considération primordiale». Certains ont soutenu que la logique qui sous-tend cet amendement est que l'intérêt supérieur de l'enfant détermine la ligne de conduite à suivre.<sup>59</sup> Toutefois on a considéré qu'il convenait mieux de parler de l'intérêt supérieur comme d'une «considération primordiale», l'intérêt supérieur de l'enfant étant la première considération parmi d'autres.

L'article 3 cherche à promouvoir et à souligner l'importance des droits des enfants, tout en reconnaissant la complexité de l'acte d'équilibrisme que l'on attend des juges. Les droits des enfants, comme tous les droits de l'homme, restent dépendants des droits, des intérêts et des devoirs d'autres personnes. Alors que les *travaux préparatoires* donnent l'exemple des urgences médicales qui peuvent surgir pendant un accouchement comme des situations où d'autres droits peuvent prendre le pas sur ceux de l'enfant, certains soutiennent que, lorsqu'un parent est incarcéré, les intérêts de la justice et de l'ensemble de la société ne le cèdent pas nécessairement aux droits de l'enfant, en matière notamment de leur prise en charge et de la vie en compagnie de leurs parents. Au Canada, la Cour suprême a noté que si l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe établi dans le droit tant international que national, il n'est pas suffisamment essentiel à l'exercice de la justice pour l'emporter sur toutes les autres considérations.<sup>60</sup>

### Article 3.2

*Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.*

L'article 3.2 de la CDE offre un certain degré de contenu et d'orientation en ce qui concerne la signification et la portée du principe de l'intérêt supérieur. Il donne à l'Etat l'obligation de veiller à ce que l'enfant reçoive la protection et les soins dont il a besoin, les droits et les obligations des personnes légalement responsables du bien-être de l'enfant étant dûment pris en considération. Freeman parle de cet article comme d'un filet de sécurité ou «disposition de protection» au titre de laquelle l'Etat demeure obligé de se conformer aux principes formulés dans le Convention, même si l'obligation n'y figure pas expressément.<sup>61</sup> Cette disposition répond aux besoins d'enfants qui se trouvent dans des situations particulièrement difficiles. Freeman mentionne la détresse des enfants de la rue comme exemple d'une catégorie d'enfants vulnérables que l'Etat a l'obligation de protéger.<sup>62</sup> Nous soutenons que les enfants dont les parents sont en prison constituent un autre exemple d'une telle catégorie.

L'article 3.2 vise aussi à trouver le juste milieu entre les droits et les devoirs des parents et l'obligation incombant à l'Etat d'intervenir directement au nom de l'enfant. Freeman mentionne les conflits potentiels qui peuvent surgir et cite les affaires *Re A-conjoined twins* et *Wisconsin v Yoder*. Dans

58 Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, para.121

59 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht:Nijhoff), p.60

60 *Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v Attorney General & Ors*, Canadian Supreme Court (30 January 2004)

61 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht:Nijhoff), p.66

62 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht:Nijhoff), pp.66-67

le premier de ces deux cas, l'Etat est intervenu pour protéger les intérêts de l'enfant lorsque les parents faisaient valoir leurs droits pour refuser une intervention médicale sur leurs enfants et, dans le second, lorsqu'ils refusaient d'envoyer leurs enfants à l'école.<sup>63</sup>

### Article 3(3)

*Les Etats parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.*

L'article 3.3 de la CDE oblige les Etats à veiller à ce que les services et institutions qui ont la charge des enfants soient conformes aux normes adéquates. Cette disposition, même si elle n'est pas détaillée, revêt une importance particulière en ce qui concerne les enfants dont les parents sont incarcérés. Les tribunaux et autres organes concernés devraient tenir compte des dispositions de l'article 3.3 lorsqu'ils délibèrent pour décider si un enfant doit demeurer en prison avec son parent ou en être séparé et pris en charge par d'autres. Les personnes chargées de prendre soin des enfants, que ce soient le personnel carcéral dans le premier cas ou des tuteurs/personnes en charge et éducateurs dans le second, doivent être formées de manière adéquate et avoir les compétences leur permettant de s'occuper de l'enfant comme il convient afin de sauvegarder son bien-être.

Il reste à examiner si, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 3.3, une prison pour adultes peut et doit être considérée comme une institution «qui a la charge des enfants et assure leur protection». En particulier, la question de savoir si les circonstances dans lesquelles l'environnement carcéral peut satisfaire aux exigences de l'intérêt supérieur et si des solutions de remplacement sont plus appropriées sera examinée de manière plus détaillée dans la seconde partie de la présente étude.

## 2.4 Définir l'intérêt supérieur de l'enfant

Le fait que l'article 3 de la CDE ne parvient pas à définir précisément ce qui est considéré comme l'intérêt supérieur de l'enfant peut paraître à première vue un manquement considérable, étant donné que l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale permettant d'évaluer les droits de cet enfant. Au cours des négociations sur la Convention, le représentant du Venezuela a suggéré que l'intérêt supérieur de l'enfant est un concept subjectif englobant «tous les aspects – physique, mental, spirituel, moral et social - du développement ... laissant l'interprétation de 'l'intérêt supérieur de l'enfant' au jugement de la personne, de l'institution ou de l'organisation chargées d'appliquer la règle».<sup>64</sup> Ainsi, le principe de l'intérêt supérieur semble protéger le développement de l'enfant tout en reconnaissant les différences culturelles qui peuvent exister. Pour John Eekelaar, le principe de l'intérêt supérieur est lié au fait de réaliser ses chances dans la vie.<sup>65</sup> Il soutient qu'il existe trois types principaux d'intérêts concernant les enfants: *les intérêts fondamentaux*, *les intérêts liés au développement* et *les intérêts liés à l'autonomie*.

Selon cet auteur, les *intérêts fondamentaux* de l'enfant concernent le souci général de «son bien-être physique, affectif et intellectuel de ceux qui sont immédiatement responsables de lui, dans la mesure de leurs capacités sociales».<sup>66</sup> *Les intérêts liés au développement* prennent en compte le développement des capacités de l'enfant en vue de son avantage.<sup>67</sup> Enfin, la troisième catégorie

63 Freeman, Michael (2007) *Article 3: The Best Interest of the Child* (Dordrecht: Nijhoff), p.69

64 Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48

65 Eekelaar, John (1994) 'The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, p. 17

66 Eekelaar, John (1994) 'The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, p. 16

67 Eekelaar, John (1994) 'The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1 p. 16

d'intérêts dont parle Eekelaar et qu'il appelle *les intérêts liés à l'autonomie* sont ceux qui permettent d'entrer dans des relations sociales et de faire des choix de vie de son plein gré.<sup>68</sup> Eekelaar trouve ces *intérêts liés à l'autonomie* les plus problématiques, car ils peuvent entrer en conflit avec les deux autres groupes et même mettre en danger l'objectif ultime qui est, pour l'enfant, de réaliser ses chances à l'âge adulte en le laissant prendre des décisions avant qu'il ait la capacité d'évaluer et d'analyser la nature et les conséquences de ces choix. Les *intérêts liés à l'autonomie* peuvent aussi être en contradiction avec la teneur générale de la CDE, que l'on a souvent qualifiée de paternaliste et de protectionniste. Il ressort clairement des *travaux préparatoires* que certains rédacteurs étaient enclins à placer l'article 12 (droit à la participation) immédiatement après l'article 3, parce qu'ils pensaient que l'opinion de l'enfant serait un meilleur indicateur de son intérêt supérieur. Toutefois, la position qui l'a emporté a préféré séparer les deux droits et intérêts.

#### 2.4.1 L'enfant au centre de ses droits: trouver le juste milieu entre les intérêts liés à l'autonomie et à l'autodétermination et les intérêts fondamentaux et développementaux

Après avoir examiné le sens du terme «intérêt supérieur», il importe de se demander qui est cet enfant au centre du principe et quelle est la part qu'il doit prendre aux processus de prise de décisions.

L'article 1 de la CDE stipule que l'enfant est toute personne âgée de moins de 18 ans. Le droit jurisprudentiel et la jurisprudence ont souligné le caractère arbitraire d'une telle pratique. En Irlande, dans l'affaire *Sinnott v Minister of Education*,<sup>69</sup> le Président de la Cour a regretté que l'on ne puisse pas offrir l'instruction primaire gratuite au fils adulte du requérant, qui était autiste, parce que le droit à l'instruction gratuite est limité aux enfants. Ce cas met en lumière la nature arbitraire de la distinction selon l'âge, et non selon les aptitudes.

Dans l'affaire *Gillick*,<sup>70</sup> qui a fait date au Royaume Uni, Lord Scarman a noté que les intérêts liés à l'autonomie peuvent être réconciliés avec les intérêts fondamentaux et les intérêts liés au développement définis ci-dessus au moyen de «l'application empirique du concept de «l'acquisition de la pleine capacité».<sup>71</sup> La Chambre des Lords a estimé que la protection des intérêts de l'enfant liés à l'autonomie donne aux enfants «ce droit le plus dangereux mais aussi le plus précieux: le droit à faire ses propres erreurs».<sup>72</sup> Le degré d'autonomie laissé à un enfant devrait dépendre de la capacité individuelle de cet enfant et, en particulier, de la compréhension qu'il a des implications des choix qu'il fait. En analysant le degré d'autonomie attribué à la prise de décision de l'enfant, il peut être utile d'examiner la nature de ces intérêts. A cet égard, Ria Wolleswinkel suggère qu'il faudrait distinguer entre les intérêts des enfants considérés en tant que personnes (intérêts qui leur sont communs avec toutes les autres personnes), en tant qu'enfants (intérêts qu'ils ont en tant que personnes immatures et dépendantes), en tant qu'adolescents (intérêts qu'ils développent en avançant vers la maturité) et en tant que futurs adultes (intérêts liés à leurs futurs intérêts d'adultes).<sup>73</sup> Mais Eva Brems parle des «droits qui reflètent les intérêts actuels des enfants en tant qu'enfants».<sup>74</sup>

68 Eekelaar, John (1994) 'The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1 p.17

69 *Sinnott v Minister for Education* [2001] 2 IR 505, paragraphe 41

70 *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830

71 Eekelaar, John (1994) 'The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, p.181

72 Eekelaar, John (1994) 'The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism' in *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 8, No. 1, p.182

73 Wolleswinkel, Ria (2002) 'Children of Imprisoned Parents' in Willems, Jan (ed.) *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities* (Intersentia), p.195

74 Brems, citée dans: Wolleswinkel, Ria (2002) 'Children of Imprisoned Parents' in Willems, Jan (ed.) *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities* (Intersentia), p.195

La plupart des «libérationnistes» sont d'avis que les droits des enfants sont freinés par les attitudes des adultes envers les enfants. En considérant ceux-ci comme des membres faibles, vulnérables et sans défense de la société, ils contribuent à donner de la réalité à une prédiction qui s'accomplit d'elle-même. Sil est vrai que la protection des intérêts des enfants liés à leur autonomie est importante pour promouvoir leurs droits, on se souviendra que le fait d'encourager cette autonomie n'est qu'un élément, dont il faut user avec prudence. Nous estimons que l'on ne saurait attendre, même de l'enfant prodige le plus évolué, qu'il ait le même degré d'expérience qu'un adulte, acquis au cours des années. Comme le dit Archard, «sous-estimer les capacités des enfants est une chose, compter qu'elles sont égales à celles des adultes en est une autre.»<sup>75</sup> Cependant, en dépit de cette mise en garde, certains éléments de la perspective «libérationniste» méritent d'être pris en considération lorsque l'on examine les droits des enfants et leurs intérêt supérieurs.

Ceux qui s'opposent à la libération des droits des enfants soutiennent que ceux-ci ne sont pas en mesure de prendre des décisions autonomes et qu'il est dans leur intérêt supérieur que les personnes qui sont responsables d'eux protègent leurs droits à leur place. Archard parle de ce phénomène comme du «principe de la personne en charge».<sup>76</sup> Ce principe repose sur la prémisse selon laquelle l'enfant, pour être capable d'exercer son droit comme un adulte, doit développer des capacités cognitives et une connaissance du monde et de la place de l'enfant dans le monde.<sup>77</sup> La suspension temporaire de certains droits pendant l'enfance peut s'avérer nécessaire pour pouvoir assurer la réalisation des droits à l'âge adulte. De cette manière, la personne en charge, même si elle semble à première vue aller à l'encontre de la réalisation des droits de l'enfant en lui refusant l'autodétermination, protège en réalité l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant qu'enfant et en tant que futur adulte. Ce qui est demandé au parent et au tribunal est de faire un saut par l'imagination ou, comme le dit Parfit, d'opérer une «délibération idéale».<sup>78</sup> Cela exige que l'on prenne en considération ce que l'enfant souhaiterait s'il était adulte. Dworkin appelle cet exercice «l'accord orienté vers l'avenir».<sup>79</sup>

En pratique, tant le principe de la personne en charge que la perspective plus «libérationniste» des droits de l'enfant sont pertinents. L'approche la plus appropriée dans une situation donnée dépendra dans chaque cas des faits réels. Ce qui est exigé est que la politique, la pratique et le droit trouvent un équilibre délicat entre la protection des enfants et leurs droits et une autonomie et une autodétermination positives et, finalement, favorisent la *via media* d'un «paternalisme libéral».<sup>80</sup>

## 2.5 Le rôle de l'autorité judiciaire dans l'évaluation de l'intérêt supérieur

Les Observations finales du Comité des droits de l'enfant recommandent que «le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) soit étudié avec soin et en toute indépendance par des professionnels compétents et pris en compte dans toutes les décisions afférentes à la détention, notamment la détention préventive et la condamnation, et dans les décisions concernant le placement de l'enfant.»<sup>81</sup> Cette recommandation est réitérée dans le Projet de lignes directrices pour la prise en charge de remplacement des enfants. Le paragraphe 47 de ce Projet de lignes directrices note que «lorsque la personne qui est la seule ou la principale en charge de l'enfant est susceptible de faire l'objet d'une privation de liberté par la détention préventive ou de condamnations, on devrait, dans la mesure du possible et dans les cas appropriés, prendre des mesures provisoires non privatives

75 Archard, David (1993) *Children, Rights and Childhood* (London: Routledge), p.50

76 Archard, David (1993) *Children, Rights and Childhood* (London: Routledge), pp.51-55

77 Archard, David (1993) *Children, Rights and Childhood* (London: Routledge), p.55

78 Dworkin, cite dans Freeman, Michael (ed.) (2004) *Children's Rights* (Aldershot: Ashgate), p.68

79 Dworkin, as quoted in Freeman, Michael (ed.) (2004) *Children's Rights* (Aldershot: Ashgate), p.68

80 Freeman, Michael (2004) *Children's Rights* (Aldershot: Ashgate), p.69

81 Comité des droits de l'enfant, examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Observations finales, Thaïlande, CRC/C/THA/CO/2, paragraphe 48

de liberté en prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Les Etats devraient prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il s'agit de la décision d'éloigner des enfants nés en prison et ceux qui vivent en prison avec un parent. L'éloignement de ces enfant devrait être traité de la même manière que d'autres cas où l'on envisage une séparation.»<sup>82</sup>

Le principe de l'intérêt supérieur est le plus souvent appliqué par les tribunaux lorsqu'ils prennent des décisions en matière de disputes relatives à la détention. Cependant, il peut être utile d'appliquer le raisonnement adopté dans ces décisions lorsque la Cour doit prendre des dispositions pour les enfants dont les parents doivent être emprisonnés.

En l'absence d'une législation concrète définissant et délimitant le principe de l'intérêt supérieur, les juges s'appuient sur des principes limités qui ont été établis par le droit jurisprudentiel et toute ligne directrice pouvant exister dans les instruments nationaux. Les cas complexes et souvent controversés fondés sur le bien-être des enfants permettent au pouvoir judiciaire d'interpréter des concepts mal définis et de les appliquer au cas en question. Comme l'a fait remarquer Lord Nicholls of Birkenhead dans l'affaire *Re B (A Minor)* au Royaume Uni, lorsqu'il est question de l'intérêt supérieur d'un enfant, le juge, «par essence, agit à sa discrétion». Dans ce contexte, cette expression illustre l'évaluation du juge et l'équilibre d'un certain nombre de facteurs à partir desquels il parvient à une conclusion générale dont l'application est essentiellement imprécise dans tous les cas.»<sup>83</sup>

Au Royaume Uni, les tribunaux ont déclaré que le juge ne doit pas agir *en tant que* juge, mais comme un parent circonspect, comme s'il s'agissait de son propre enfant.<sup>84</sup> On a parlé du principe de l'intérêt supérieur comme du «fil d'or courant au travers de la juridiction de la cour.»<sup>85</sup>

Le juge Dunn, dans l'affaire *Re D* a remarqué qu'il s'agit d'un principe considéré «en premier lieu, en dernier lieu, et dans tous les cas.»<sup>86</sup> Le fait que le droit jurisprudentiel interprète ce principe indique que celui-ci doit être compris au sens large. Lord Justice Holmes a déclaré que «le bien-être d'un enfant signifie bien-être dans au sens le plus large».<sup>87</sup> Cette approche au sens large exige que l'on tienne compte de tous les facteurs pertinents. Au Royaume Uni, dans l'affaire *J v C*, qui a fait date et où se livrait une bataille concernant la garde de l'enfant entre les parents légaux et les parents biologiques, la Chambre des Lords a soutenu qu'il fallait prendre en considération tous les facteurs matériels de l'affaire, puis décider de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, en exerçant la discrétion laissée au juge.<sup>88</sup>

Une analyse de droit jurisprudentiel dans les juridictions de common law montre à l'évidence que le principe de l'intérêt supérieur est fait de plusieurs éléments constitutifs, comme le bien-être physique, moral et affectif de l'enfant.<sup>89</sup> Dans *McGrath*, le juge Lindlay a soutenu que «le bien-être moral et religieux de l'enfant doit être pris en considération au même titre que son bien-être physique. Et il faut également tenir compte des liens affectifs.»<sup>90</sup> Dans l'affaire *D v W*, une liste non exhaustive de critères a été dressée afin d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas d'une procédure en matière de garde. Cette liste comporte: la force des liens affectifs, présents et futurs, les attitudes des parents et leur capacité à élever leurs enfants; la disponibilité et l'engagement à passer du temps qualitativement valable avec l'enfant, la sécurité et la stabilité du milieu familial, la présence et le caractère approprié des modèles, les influences positives ou négatives du reste de la famille, les

82 Annexe à Human Rights Council, 11th Session, Resolution 11/7: Guidelines for the Alternative Care of Children

83 Nicholls, J, *In Re B (a minor)* [2001] UKHL 70

84 *R v Gyngall* [1893] 2 QB 232 3; *Re O'Hara* [1900] 2 IR 232

85 Volger, Richard (1992) 'The child, the imprisoned parent and the law' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.101

86 *Re D* [1977] 3 All ER 481, at para.486, per Dunne J

87 *Re Gyngall* [1893] 2 QB 232

88 *J v C* [1970] AC 688; *Re McGrath* [1983] 1 Ch. 143

89 *G v G* [1983] FLR 894

90 *Re McGrath* [1893] 1 Ch. 143, at para.148

dispositions en vue d'assurer les soins et l'aide matériels, le bien-être matériel, la stimulation et les nouvelles expériences, les possibilités en matière d'éducation, enfin les souhaits de l'enfant.<sup>91</sup>

Après avoir pris en compte et pesé tous les faits, les relations, les revendications et les souhaits des parents, les risques, les choix et autres circonstances, la ligne de conduite à suivre sera celle qui est dans l'intérêt du bien-être de l'enfant.<sup>92</sup>

## 2.6 L'application de la preuve scientifique dans l'évaluation du principe de l'intérêt supérieur

Les juges doivent prendre en considération une série de différents types de preuves au moment de décider quelle ligne d'action est la plus susceptible de servir au mieux le développement et le bien-être physique, moral et affectif de l'enfant. Les tribunaux doivent examiner les indices psychologiques disponibles et toutes les autres preuves fondées scientifiquement. La tâche consistant à peser les divers éléments constitutifs du principe de l'intérêt supérieur est semée de problèmes potentiels. Il est fréquent que les conceptions morales, psychologiques et juridiques s'affrontent. La discrétion judiciaire comprend l'évaluation des faits juridiques et des éléments matériels du cas et la mise en balance des diverses composantes scientifiques, juridiques et morales du principe de l'intérêt supérieur, afin de prendre en considération ce qui, dans l'ensemble, est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'affaire *Palmore v Sidoti*<sup>93</sup> jugée par la Cour suprême des Etats-Unis illustre l'affrontement potentiel entre les conceptions scientifique et juridique du principe de l'intérêt supérieur. Dans ce cas, la Cour suprême des Etats-Unis a annulé la décision d'une instance inférieure qui avait privé une mère divorcée de la garde de ses enfants au motif qu'elle avait contracté un mariage racialement mixte. L'instance inférieure soutenait qu'un tel mariage exposait l'enfant à des pressions et à la stigmatisation de la part de ses camarades. En appel, la Cour suprême a décidé que «les préjugés privés et les préjudices possibles qu'ils pouvaient causer constituaient des considérations inadmissibles en vertu de la clause de l'égalité de la protection et ne permettaient pas de priver la mère naturelle de la garde de son enfant en bas âge en raison de son remariage avec une personne d'une autre race».<sup>94</sup> C'est pourquoi, bien que le fait d'exposer les enfants aux effets potentiellement nuisibles des préjugés d'autres personnes, il aurait été moralement et juridiquement inacceptable d'enlever un enfant à sa mère pour ces raisons.

Une preuve psychologique admise en procédure doit être vérifiée, ou en tout cas vérifiable.<sup>95</sup> Lorsqu'il s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant, des facteurs pris en considération dans le domaine des sciences sociales, notamment les théories telles que celles de la formation des liens affectifs et de l'attachement, sont pertinents.<sup>96</sup> C'est pourquoi une partie importante des preuves fournies pour soutenir une position concernant la ligne de conduite la meilleure pour assurer le bien-être de l'enfant se base sur une certaine mesure de spéculation et de conjecture. Une fois encore, l'intérêt supérieur de l'enfant se base sur ce qui constitue une démarche de l'imagination et une tentative d'anticiper l'avenir pour voir quelle ligne de conduite est la plus susceptible d'aider l'enfant à réaliser ses chances dans la vie. La difficulté de la tâche du juge a été relevée dans l'affaire *Re B (a minor)*, au Royaume Uni, où la Chambre des Lords a noté que «dans tous les cas, sauf les plus simples, il n'existe aucune réponse objectivement certaine à la question de savoir laquelle de deux ou plusieurs lignes

91 *D v W* (13 FRNZ 336, 1995)

92 Lord McDermott in *J v C* [1970] AC 668

93 *Palmore v Sidoti* [1984] USSC 87

94 *Palmore v Sidoti* [1984] USSC 87

95 Conformément au test fondé sur *Daubert*, selon lequel les juges doivent évaluer la pertinence et la fiabilité de la preuve scientifique. Voir *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993)

96 Artis, Julie (2004) 'Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine' in *Law and Society Review*, Vol. 38, No. 4, p. 115

de conduite est dans l'intérêt de l'enfant; il existe des facteurs contradictoires, les uns indiquant une direction, les autres une autre. Il n'y a aucun moyen permettant de démontrer que l'une des réponses est clairement juste et une autre clairement fautive. Trop d'incertitudes existent dans ce qui, après tout, constitue une tentative de scruter l'avenir et de peser les avantages et les inconvénients que telle ou telle ligne de conduite peut entraîner ou entraînera.»<sup>97</sup>

## 2.7 Les droits de l'enfant et l'intérêt de la société face à face

Les juges, quelle que soit la juridiction, sont souvent guidés par des principes semblables lorsqu'ils délibèrent sur des sentences appropriées. Au nombre de ceux-ci, on mentionnera la rétribution, la dissuasion, la prévention et la réinsertion. En Afrique du Sud, ces réflexions sont guidées par ce qu'on a appelé la «Zinn Triad»: le crime en question, les circonstances personnelles du délinquant et les intérêts de l'ensemble de la communauté.<sup>98</sup>

La discrétion laissée au juge de prononcer une peine de substitution plutôt qu'une peine privative de liberté dépend de la gravité et de la nature du délit, ainsi que de la question de savoir si la législation prévoit une peine particulière pour un délit donné. En Irlande, par exemple, une condamnation pour meurtre entraîne une peine de prison à vie obligatoire. Lorsqu'il existe une flexibilité des peines, la série des peines de remplacement varie d'un pays à l'autre, mais comprend généralement les condamnations avec sursis, les travaux d'intérêt général, le bracelet électronique et la résidence surveillée. A l'occasion d'une interview avec des autorités carcérales en Belgique, il est ressorti que ces peines de substitution ne sont pas automatiquement appliquées lorsque le délinquant a un enfant, mais que l'existence d'un enfant dépendant constitue une considération secondaire pertinente.<sup>99</sup> Richard Volger remarque que «l'impact que pourrait avoir une condamnation sur l'enfant d'un accusé est au mieux une considération marginale».<sup>100</sup>

En 2008, la Résolution 63/241 de l'Assemblée générale des Nations Unies a spécifiquement traité cette question sous la rubrique «Enfants de personnes soupçonnées, accusées ou convaincues d'infraction au droit pénal». Le paragraphe 47 a) prévoit que l'Etat doit donner la priorité aux mesures non privatives de liberté lorsqu'il s'agit de déterminer la sanction applicable à la personne exclusivement ou principalement chargée de l'enfant ou de décider de mesures préventives à son égard, compte tenu de la nécessité de protéger la collectivité et l'enfant et en fonction de la gravité du délit.<sup>101</sup> Ce paragraphe tient compte des intérêts de l'enfant et de l'avantage d'appliquer des sentences non privatives de liberté aux personnes assumant la charge principale des enfants, tout en prenant en considération les intérêts et les droits en concurrence des personnes intéressées. Il note spécialement que là où la protection de la collectivité n'est pas en jeu et compte tenu de la gravité du délit, une peine de remplacement devrait être appliquée plutôt que l'emprisonnement.

Dans l'affaire *Southerland v Thigpen*, aux Etats-Unis,<sup>102</sup> la Circuit Court a noté que le doit d'être allaité par une mère devant aller en prison est secondaire par rapport à l'intérêt de l'Etat à sanctionner le comportement délictueux. Cette position a été soutenue dans l'affaire *Pendergrass v Toombs*.<sup>103</sup> Volger remarque: «il semble que les questions de dissuasion et de rétribution l'emportent sur toute les autres considérations. Comme les enfants [ne sont] pas partie à la procédure, qu'ils ne seront probablement pas présents devant le tribunal et n'apparaîtront que dans le détail des rapports

97 *Re B (A Minor)* [2001] UKHL 70

98 *S v Zinn* 1969 (2) SA 537 (A), a également approuvé la Cour suprême dans l'affaire *S v Malagas* 2001 (2) SA 1222 (SCA). Voir aussi le jugement de la Cour suprême d'Irlande, *The People (DPP) v M.* [1994] 3 IR 306; [1994] 2 I.L.R.M. 541, où il a été soutenu que la peine doit être proportionnée à la gravité du délit et aux circonstances personnelles du délinquant.

99 Questionnaire par e-mail de Sven Todts, Service sanitaire des prisons belges, Belgique, 5 juin 2007

100 Volger, Richard (1992) 'The child, the imprisoned parent and the law' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.102

101 Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU A/RES/63/241, Droits de l'enfant

102 *Southerland v Thigpen*, 784 F.2d 713, 715-17, 5th Cir. 1986 (USA)

103 *Southerland v Thigpen*, 784 F.2d 713, 715-17, 5th Cir. 1986 (USA)

d'enquête sociale, leur avenir et leur bien-être ne revêtent qu'un rôle insignifiant dans la politique relative aux sentences.»<sup>104</sup>

Les tribunaux ont pris en considération les effets d'une condamnation sur l'enfant dans la mesure où l'emprisonnement du parent peut entraîner des souffrances accrues pour l'enfant. Le seul fait de l'emprisonnement du parent ne constitue pas un facteur atténuant. Comme l'a dit Lord Justice Widgery dans l'affaire *Ingham*, une partie de la punition d'un délit implique une épreuve pour la famille, et cela ne doit pas constituer un des facteurs affectant ce qui serait par ailleurs une condamnation correcte.<sup>105</sup> Aux Etats-Unis, l'affaire *Vaughan*,<sup>106</sup> dans laquelle tous les dépendants souffraient de handicaps et où le mari de l'inculpée devant être incarcérée était lui-même déjà en prison, illustre les détresses additionnelles qui ont déterminé les tribunaux à envisager une solution de substitution à une peine privative de liberté.

Les tribunaux adoptent une position stricte lorsqu'il s'agit de permettre que les dépendants vulnérables de détenus constituent un facteur atténuant lors de la condamnation. Ce problème a été envisagé dans l'affaire *Batte*, au Royaume Uni, où la cour d'appel a commué une peine de deux ans en une sentence avec sursis en raison des difficultés particulièrement graves que la peine privative de liberté causait aux dépendants. Ce faisant, la cour a déclaré qu'il s'agissait d'un cas inhabituel et insisté sur le fait qu'il devait constituer l'exception et non la règle: «Nous considérons qu'il s'agit là d'un cas tout à fait exceptionnel ... nous souhaitons insister sur le fait qu'il s'agit du type de délit où les circonstances qui pourraient, dans d'autres cas, passer pour atténuantes ... ne jouent pas de rôle normalement.»<sup>107</sup> Dans l'affaire *Ingram*<sup>108</sup>, la cour a très légèrement réduit la peine de six à cinq ans à cause des effets que l'incarcération pourrait avoir sur les enfants. Toutefois il faut distinguer ce cas de l'affaire *Babington*,<sup>109</sup> dans laquelle la cour a refusé de réduire la peine au motif que la délinquante était mère, parce que ses enfants étaient moins jeunes et que tous, sauf l'un d'eux, étaient déjà pris en charge par les services sociaux.<sup>110</sup>

Normalement, l'emprisonnement de la mère est plus néfaste pour un enfant car c'est elle qui a le plus souvent la charge exclusive de l'enfant.<sup>111</sup> En outre, comme il existe généralement moins de prisons pour femmes, il y a plus de risque que la mère soit envoyée dans un établissement plus éloigné de l'enfant. On a noté que «la famille demeure une institution où les rôles sont déterminés par les sexes et où les femmes assument la responsabilité majeure des soins aux enfants, et la loi, aveugle aux problèmes de genre, et qui ne tient pas compte de cette contribution, réduit le pouvoir de négocier qu'ont les femmes, dans les tribunaux et ailleurs.»<sup>112</sup> C'est ce qui a été remarqué dans l'affaire *Re G (children)*, au Royaume Uni, où le juge n'a pas incarcéré un parent pour avoir violé un ordre du tribunal. Il a déclaré que «l'envoyer en prison les privera de la personne qui en a la garde principale et leur donnera une raison d'en vouloir au parent qui est à l'origine de cette privation».<sup>113</sup> Dans ces circonstances, soit l'enfant doit vivre avec ses grands-parents ou d'autres membres de sa famille, soit on le confie à la garde d'une famille d'accueil ou de l'Etat. Ces changements peuvent entraîner le transfert dans une autre école et/ou un déménagement et une séparation d'avec des amis et des membres de la famille.

104 Volger, Richard (1992) 'The child, the imprisoned parent and the law' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.105

105 Per Widgery CJ, *Ingham* (1980) 2 Cr App R (S) 184

106 *US v Vaughan*, No. 92 CR 575, 04 (RWS)

107 *Batte* (1999) 2 Cr.App.R.S9223, at para.225

108 *Ingram* [2004] EWCA Crim 187

109 *Babington* [2005] EWCA Crim 866

110 Piper, Christine (2007) 'Should Impact Constitute Mitigation?: Structured Discretion versus Mercy' in *Criminal Law Review*, p.148

111 Baunach, Phyllis Jo (1985) *Mothers in Prison* (New Brunswick: Transaction Books), pp.29-30

112 Artis, Julie (2004) 'Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine' in *Law and Society Review*, Vol. 38, No. 4, p.775

113 *Re G (children)* (FC) [2006] UKHL 43 (UK)

Il n'existe pas de règle fixe sur la mesure et les circonstances dans lesquelles il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être séparé d'un parent qui doit être emprisonné. En Italie par exemple, il existe des dispositions visant à reporter la détention de mères de jeunes enfants et à placer une femme enceinte ou la mère d'un enfant de moins de trois ans en résidence surveillée jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix ans, en tant que mesure de substitution à l'emprisonnement.<sup>114</sup>

La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, en condamnant à une peine d'emprisonnement potentiel une mère principalement responsable de ses enfants, a tenu compte des intérêts supérieurs de l'enfant. Les considérations de la Cour étaient particulièrement pertinentes à la lumière de l'article 28.2 de la Constitution qui prévoit que «l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance primordiale dans toutes les questions intéressant l'enfant», ainsi que de l'article 28.1.b qui déclare que «tout enfant a le droit aux soins de sa famille ou de ses parents ou à des solutions de substitution lorsqu'il est retiré de son milieu familial.» En ce qui concerne les circonstances particulières de l'affaire et les rapports soumis durant la procédure d'appel, la cour a déclaré que les intérêts des enfants ne seraient assurés que s'ils demeuraient sous la garde de leur mère. On a aussi noté que cette solution serait aussi dans l'intérêt de l'ensemble de la société: malgré le mauvais exemple que M a donné, elle est mieux placée que quiconque pour veiller à ce que ses enfants continuent à aller à l'école et résistent aux pressions et aux tentations qui empireraient s'ils étaient privés de sa présence dans un environnement socialement fragile. Il ne s'agit pas seulement de savoir s'ils se retrouveraient dans la rue. Et ce ne sont pas seulement M et les enfants qui ont intérêt à la continuité de sa présence. Il en va du bien de la collectivité, autant que de ses enfants et d'elle-même, que les liens entre elle et eux ne soient pas rompus, dans la mesure du possible.»<sup>115</sup>

En Australie, la jurisprudence reconnaît sans équivoque les effets néfastes de l'emprisonnement parental sur les droits de l'enfant. C'est ce que prouve le cas australien *Walsh v Department of Social Security*, affaire où les deux parents (dont les trois enfants souffraient tous d'asthme chronique) devaient purger une peine de prison pour fraude en matière de sécurité sociale. Le juge Perry, qui soutenait la demande d'un ordre de libération conditionnelle, a estimé que «cette affaire présente un trait qui est absent de tous les différents cas auquel la défense a fait référence dans ses plaidoiries. C'est que les peines, qui devraient toutes deux êtres purgées immédiatement, sépareront de leurs deux parents trois enfants, dont le plus jeune a tout juste deux ans, pendant toute la durée de leur emprisonnement.»<sup>116</sup>

Dans l'affaire *Yuen Yei Ha v The State*,<sup>117</sup> la Cour des Fidji, dans une audience de demande de mise en liberté sous caution, a pris expressément en considération l'intérêt supérieur de l'enfant en prononçant la condamnation de l'accusée. De même, dans l'affaire *Sanjana Devi v The State*, la Cour des Fidji a déclaré que «la prise en charge des enfants dépendants est une considération pertinente lorsqu'il s'agit d'accorder ou de refuser la mise en liberté sous caution dans cette affaire».<sup>118</sup> Ici la Cour, se référant aux articles 3 et 9 de la CDE, a remarqué: «l'intérêt supérieur de l'enfant de la requérante, âgé de 4 ans et qui n'a actuellement personne pour s'occuper de lui, est une considération primordiale dans ce cas, s'agissant de l'octroi ou du refus d'une caution.»<sup>119</sup>

114 Finocchiaro Act, Act No. 40/01, intitulé 'Alternative Measures to detention with the aim of protecting the relationship between mother detainees and their children'. L'article 146 du code pénal prévoit que "l'exécution de la peine de détention peut être reportée, notamment lorsqu'il s'agit de mères d'enfants de moins d'un an". L'article 4 de la Loi No. 165/98 a étendu la mesure de résidence surveillée aux détenues mères d'enfants de moins de dix ans.

115 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 septembre 2007), paragraphe 70

116 *Walsh v Department of Social Security* [1996] SASC 5795, paragraphe 17

117 *Yuen Yei Ha v The State*, [2004] FJHC 228

118 *Devi v The State* [2003] FJHC 47, as per Judge Nazhal Shameem

119 *Devi v The State* [2003] FJHC 47, as per Judge Nazhal Shameem

## 2.8 Conclusion

La rareté des directives législatives concernant le principe des intérêts supérieurs a conduit les tribunaux à le façonner. Pour pouvoir appliquer ce principe, elles ont établi et développé des critères positifs qui servent de points de repère objectifs, face auxquels chaque cas individuel peut être évalué pour parvenir à «un procès où tous les faits, les relations, les revendications et les souhaits des parents, les risques, les choix et autres circonstances sont pris en compte».<sup>120</sup> On en est venu à une manière de faire au cas par cas, dont les résultats dépendent de facteurs considérés par chaque juge comme le plus pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est au service de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle méthode favorise, certes, la flexibilité souvent nécessaire dans les procès aux multiples variables concernant des familles, mais elle les prive aussi de l'uniformité, de la certitude et de la prédictibilité qui sont si essentielles pour l'application de la loi.

---

<sup>120</sup> *J v C* [1970] AC 668, at p.710

## 3 Prisonisation secondaire

### 3.1 Introduction

Bien qu'il n'existe que peu de statistiques officielles, il a été signalé qu'en Europe, près de 700'000 enfants ont un parent vivant en prison.<sup>121</sup> Malgré le grand nombre d'enfants affectés par l'emprisonnement d'un parent et la gravité de l'impact sur les droits des enfants, on n'a effectué que peu de contrôles systématiques ou de recherches dans ce domaine. «Les effets de l'emprisonnement sur les familles et les enfants des prisonniers ont été presque entièrement négligés par la recherche universitaire, les statistiques des prisons et les médias»<sup>122</sup> Les études sur les enfants séparés de leurs parents se limitent le plus souvent aux effets qu'ils subissent à la suite de la mort d'un parent ou d'un divorce. Pourtant, la séparation qui se produit habituellement à la suite de l'emprisonnement et l'atteinte au droit de l'enfant à vivre avec ses parents et sous leur responsabilité, selon l'article 9 de la CDE, peut produire à long terme des effets beaucoup plus graves pour son développement. Selon Phyllis Jo Baunach, «La séparation, quelle qu'en soit la raison, peut être traumatique. Le premier jour d'école d'un enfant, une hospitalisation nécessaire à la survie, le service militaire, notamment en temps de guerre, ou la mort, qui est la séparation ultime, signifient une grande perte affective. Mais dans chacun de ces cas, il peut y avoir un bien supérieur, un sens de l'inévitable, ou une perte de contrôle qui peuvent être invoqués pour reconforter l'enfant ou expliquer et justifier la séparation. Toutefois, l'incarcération implique la stigmatisation, l'idée que son propre comportement, conscient ou non, a pu causer la séparation. A cet égard, un sentiment de culpabilité et d'amertume éclipsent la souffrance de l'emprisonnement chez les mères détenues.»<sup>123</sup>

On a défini la *prisonisation secondaire* comme une «institutionnalisation» de la famille du détenu à l'extérieur de la prison.<sup>124</sup> Nous examinerons les effets de la *prisonisation secondaire* à la lumière des principes généraux de la CDE. L'effet de l'emprisonnement d'un parent est particulièrement important pour le droit au développement de l'enfant et son droit à vivre en compagnie de sa famille et de bénéficier de ses soins. En conséquence, ces aspects seront traités avec une attention particulière. Ce chapitre se conclura par une évaluation de l'impact de la *prisonisation secondaire* dans la perspective du principe de l'intérêt supérieur.

### 3.2 Effets de l'emprisonnement sur le droit de l'enfant au développement

Le droit au développement exige que l'enfant soit éduqué et que l'on prenne soin de lui, pour contribuer à son développement maximum dans la mesure de ses capacités. Dans son étude sur les effets de l'emprisonnement sur les familles, et en particulier sur les enfants, Joseph Murray examine quatre catégories d'effets susceptibles d'entraver le développement d'un enfant. Ce sont: *les effets de sélection, les effets médiateurs, l'effet modérateur et les effets directs.*<sup>125</sup>

*Les effets de sélection*, selon Murray, se produisent lorsqu'un facteur extérieur, comme le comportement asocial d'un parent, est cause de l'emprisonnement de ce parent, ce qui à son tour cause des problèmes de développement chez l'enfant. La cause profonde des problèmes de

121 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.7

122 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in Liebling, A. & Maruna, S. (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England: Willan), p.442

123 Baunach, Phyllis Jo (1985) *Mothers in Prison* (New Brunswick: Transaction Books), p.2

124 Comfort, Megan L. (2002) 'Papa's House: The Prison as Domestic and Social Satellite' in *Ethnography*, Vol. 3, p.471

125 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England: Willan), p.448

développement est le comportement du parent, et non l'emprisonnement en soi. Murray soutient que «les condamnations des parents au pénal, quelles que soient les peines qu'elles entraînent, sont des variables indépendantes fortes, laissant prévoir chez les enfants un comportement délictueux et asocial à l'avenir.»<sup>126</sup> La seconde variable que mentionne Murray, *les effets médiateurs*, renvoie aux conséquences indirectes de l'emprisonnement du parent qui entraînent des effets négatifs pour le développement de l'enfant. Dans ce cas, les exemples cités comprennent la perte de gain que peut subir la famille en raison des conséquences pratiques d'une peine privative de liberté, ainsi que le fait que les enfants se retrouvent sous la garde de multiples personnes.<sup>127</sup>

L'*effet modérateur* est la troisième variable et se rapporte aux caractéristiques intrinsèques spécifiques de l'enfant individuel, comme le genre, l'âge ou la personnalité, qui affectent la manière dont l'emprisonnement parental influencera le développement de l'enfant. Enfin, Murray parle des conséquences à proprement parler, ou *effets directs* que l'emprisonnement a sur l'enfant. Ceux-ci comprennent la séparation effective de l'enfant d'avec son parent, la possibilité que l'enfant souhaite imiter le comportement asocial et la crainte qu'il éprouve, ne sachant pas ce qui arrive à son parent.<sup>128</sup>

Alors que les *effets de sélection et modérateurs* peuvent affecter les droits de l'enfant, la présente étude évaluera la catégorie d'effets directs et constants afin d'envisager des réformes concrètes. On prendra donc en considération les *effets médiateurs* et *directs* sur le développement de l'enfant; dans le premier cas, par exemple, lorsque les circonstances financières ou les conditions de vie d'un enfant sont bouleversées, et, dans le second cas, lorsque l'inadaptation est un résultat direct de la séparation d'avec le parent.

### 3.2.1 Effets directs de la séparation entre parent et enfant en raison de l'emprisonnement

On a dit de la théorie de l'attachement de Bowlby qu'elle établit «des modèles de travail internes qui incarnent une estimation de soi et du soi en relation, qui façonne une conception générale des expériences sociales».<sup>129</sup> La relation étroite parent-enfant importe pour promouvoir un sentiment de sécurité chez l'enfant, qui met en valeur ses relations avec les autres. Comme l'écrit un auteur, «les attachements donnent le fondement sur lequel on construit les rencontres sociales subséquentes».<sup>130</sup> C'est pourquoi, en se souvenant des catégories de droits formulées par Donnelly, on constate que la théorie de l'attachement est particulièrement pertinente pour l'exercice individuel des droits d'appartenance.

La séparation a des conséquences à long et à court terme pour le développement de l'enfant. A long terme, elle peut avoir des effets négatifs sur la sécurité et l'interaction sociale de l'enfant. A court terme, on a constaté que l'emprisonnement d'un parent accroît la probabilité d'un comportement asocial et d'une anxiété accrue chez l'enfant, lorsqu'il ne sait pas ce qui est arrivé à son parent.<sup>131</sup>

### 3.2.2 Effets médiateurs – effets indirects de l'emprisonnement d'un parent sur les droits de l'enfant

Les effets médiateurs comprennent tout évènement médiateur ou effet indirect qu'a l'emprisonnement d'un parent sur le développement de l'enfant. Au nombre des effets médiateurs, on peut mentionner

126 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.449

127 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.451

128 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.450

129 Goldberg, Susan (2003) *Attachment and Development* (London:Arnold), p.172

130 Goldberg, Susan (2003) *Attachment and Development* (London:Arnold), p.171

131 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.450

l'anxiété et la frustration face à des explications inadéquates sur le lieu où se trouve le parent, à la stigmatisation et à l'ostracisme associés à l'emprisonnement, et les déplacements d'une personne responsable à l'autre.<sup>132</sup> La mesure dans laquelle les effets médiateurs affectent le développement de l'enfant dépend de divers facteurs, notamment: est-ce la mère ou le père qui est en prison? À quelle distance du lieu de domicile de l'enfant se trouve la prison? Existe-t-il des prises en charge de remplacement adéquates pour l'enfant? Dans ce dernier cas, le va-et-vient d'une personne à l'autre prive l'enfant du sentiment de stabilité qui est si essentiel pour son développement. Selon Goldstein, Freud et Solnit, «la continuité des relations, de l'environnement et de l'influence du milieu est vitale pour le développement normal d'un enfant. Comme ces éléments ne jouent pas le même rôle par la suite, le monde adulte a tendance à les sous-estimer.»<sup>133</sup> La stabilité est compromise lorsqu'un parent est incarcéré et le mal est souvent pire s'il s'agit de la mère. «Les enfants dont la mère a pris soin avant d'aller en prison subissent souvent un grand nombre de bouleversements importants tout au long de l'emprisonnement de celle-ci, dont un changement au moins de personne en charge et souvent un changement de domicile.»<sup>134</sup> Pour répondre à ces besoins du développement de l'enfant afin de mieux satisfaire son intérêt supérieur, il faut assurer la stabilité de la vie de cet enfant. «La croissance physique, affective, intellectuelle, sociale et morale ne se produit pas sans causer à l'enfant des difficultés internes inévitables. L'instabilité de tous les processus mentaux durant la période de développement doit être compensée par la stabilité et un soutien constants de la part de sources externes. Les bouleversements et les changements extérieurs qui viennent s'ajouter aux troubles internes compromettent une croissance sans heurts.»<sup>135</sup> Malheureusement pour les enfants séparés de leurs parents, comme ils sont souvent confrontés à des changements multiples de prise en charge, «il est probable que de nombreux enfants se trouveront face à des parents remplissant moins bien leur rôle parce qu'ils sont en prison».<sup>136</sup>

### 3.3 Les effets de l'emprisonnement sur le droit de l'enfant à vivre avec sa famille

Une recherche empirique sur les effets de l'incarcération du parent sur la famille, menée par la London School of Economics, a montré comment le conjoint, en tentant de maintenir les liens familiaux et de limiter les effets de l'institutionnalisation sur l'autre conjoint détenu, se met à faire partie de l'institution carcérale et souffre beaucoup des difficultés liées à la détention. «Par les efforts qu'ils font pour créer des liens forts et inclusifs avec le partenaire emprisonné, ils participent de l'»institutionnalisation« paradoxale de leur propre vie de famille.»<sup>137</sup> Dans sa recherche, Comfort mentionne ce phénomène sous le nom de *prisonisation secondaire*. Elle a constaté qu'en déplaçant certains moments et événements familiaux dans le parloir de la prison, on aboutit à «une étrange inversion du principe selon lequel des visites fréquentes facilitent la réinsertion dans la société ... lorsque les célébrations familiales et les histoires d'amour sont importées dans le milieu carcéral, le pénitencier devient un satellite de la maison».<sup>138</sup> Celle-ci devient pour la famille une prison symbolique à cause du sentiment d'isolement et d'exclusion sociale qu'éprouvent ordinairement les familles de détenus.

132 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.451

133 Goldstein, Joseph, Freud, Anna and Solnit, Albert (1973) *Beyond the Best Interests of the Child* (London: Collier Macmillan Publishers), pp.31-32

134 Woodrow, Jane (1992) *Mothers in Prison: The Problem of Dependent Children* (Cambridge University), p.32

135 Woodrow, Jane (1992) *Mothers in Prison: The Problem of Dependent Children* (Cambridge University), p.32

136 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.451

137 Comfort, Megan L. (2002) 'Papa's House: The Prison as Domestic and Social Satellite' in *Ethnography*, Vol. 3, p.471

138 Comfort, Megan L. (2002) 'Papa's House: The Prison as Domestic and Social Satellite' in *Ethnography*, Vol. 3, p.470

### 3.4 Conclusion sur la prisonisation – l'intérêt supérieur de l'enfant

Comme on l'a vu précédemment, en vertu de l'article 3 de la CDE, les tribunaux doivent prendre en considération les intérêts de l'enfant potentiellement affecté par un arrêté du tribunal. Evidemment, la décision d'incarcérer un parent se fait sur la base du droit pénal applicable et, habituellement, l'intérêt supérieur de l'enfant constituera au mieux une considération secondaire. Un exemple de cet état de choses est donné par la Cour d'appel anglaise qui, dans l'affaire *R v Mills*, a considéré qu'une mère ayant des enfants à charge, reconnue coupable d'un délit non violent, ne devait pas être emprisonnée lorsqu'il existait une peine de substitution.<sup>139</sup> Cependant, lorsqu'une peine privative de liberté a été prononcée, une cour peut prendre en considération toute circonstance particulière relative à la personne délinquante, y compris des enfants dépendant d'elle pouvant être affectés par la peine de prison. Dans la mesure du possible on pourrait, par exemple, prendre des dispositions particulières à l'endroit d'une mère enceinte pour qu'elle soit placée en résidence surveillée jusqu'à la fin de sa grossesse et peut-être même pour une brève période immédiatement après l'accouchement.

Dans la majorité des cas, l'incarcération a un impact physique, affectif et psychologique sur l'enfant. Il faut reconnaître, même si c'est aller au-delà des limites de la présente étude, que dans certaines situations telles que celles où des abus ont lieu, l'éloignement d'un parent peut être bénéfique pour la famille. Toutefois, malgré les problèmes que pose l'établissement du lien causal précis entre l'incarcération et l'inadaptation de l'enfant, le fait de séparer l'enfant du parent pour emprisonner celui-ci a généralement des conséquences négatives pour les droits de l'enfant. Ces droits comprennent les principes généraux du droit au développement, du droit à ne pas être discriminé et, finalement, l'intérêt supérieur de l'enfant.

### 3.5 Atténuer les effets négatifs sur l'enfant

Dans la mesure du possible, l'emprisonnement d'un parent devrait être une mesure de dernier ressort. Cela est déjà prévu dans la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant qui prévoit que, dans le cas de femmes enceintes et de mères de nourrissons et de jeunes enfants, «une peine autre qu'une peine d'emprisonnement soit envisagée d'abord dans tous les cas lorsqu'une sentence est rendue contre ces mères».<sup>140</sup> Assurément, dans les cas où l'accusée est reconnue coupable d'un délit non violent, les cours devraient envisager une solution de remplacement à l'emprisonnement. Elles devraient en particulier évaluer l'impact sur l'enfant, en accordant une attention particulière aux solutions de remplacement pour l'enfant, car c'est souvent l'absence d'une prise en charge adéquate qui affecte l'enfant le plus gravement. Comme l'écrivait Murray, «des ressources personnelles et familiales [inadéquates] permettant de gérer la situation peuvent effectivement avoir des effets plus considérables que la séparation elle-même sur l'adaptation de l'enfant, à la suite de l'incarcération d'un parent».<sup>141</sup>

Même si la CDE «n'est pas encore devenue une charte vivante pour les enfants de parents emprisonnés»,<sup>142</sup> nous soutenons que les droits généraux prévus dans cet instrument s'appliquent à ces enfants. Lorsqu'un parent est en prison, il est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'un contact régulier soit maintenu avec ce parent.<sup>143</sup> L'Etat a l'obligation, conformément à l'article 9 de la CDE, de faciliter les contacts réguliers. La recherche montre que le contact entre le parent et l'enfant est non seulement dans l'intérêt supérieur de l'enfant, mais qu'il est prouvé aussi qu'il réduit

139 *R v Mills* [2002] CR APP R 52

140 Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (1990), article 30 a)

141 Murray, Joseph & Farrington, D.P. (2006) 'Evidence-based programs for children of prisoners' in *Criminology and Public Policy*, Vol. 5, No. 4, p.451

142 Wolleswinkel, Ria (2002) 'Children of Imprisoned Parents' in Willems, Jan (ed.) *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities* (Intersentia), p.7

143 Ayre, Liz, Philbrick, Kate, Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), pp.47-53

le taux de récidive et aide la réinsertion du délinquant dans la société après sa libération.<sup>144</sup> En outre, on estime que le souci que se fait l'enfant au sujet du bien-être de son parent a un effet négatif sur son développement. Le contact régulier avec le parent contribue à diminuer cette anxiété.

Pour encourager les contacts entre le parent et l'enfant, on pourrait faciliter l'accès au téléphone en offrant des appels à prix réduit, et des transports à prix abordables pour aller à la prison et en retourner, fournir des moyens permettant d'envoyer et de recevoir du courrier et promouvoir d'autres formes de communication telles que des enregistrements de messages ou d'histoires lues par les parents emprisonnés. Aux Etats-Unis, on a souvent remarqué que les compagnies privées de téléphones exigent des prisonniers des tarifs exorbitants, plus élevés que la moyenne nationale, et que cela constitue un obstacle supplémentaire pour ce groupe de personnes déjà marginalisées.<sup>145</sup> Au Royaume Uni, le nombre limité d'appareils téléphoniques disponibles dans une grande prison ont causé des difficultés, s'agissant de maintenir les liens familiaux avec l'extérieur.<sup>146</sup> Des recherches entreprises dans ce domaine indiquent que les visites des enfants à leurs parents en prison sont souvent le moyen le plus positif d'assurer la stabilité de la vie de l'enfant. L'étude conclut: «On trouve chez les enfants qui visitent régulièrement le parent dont ils ont été séparés une meilleure adaptation affective, des taux de QI plus élevés et davantage d'améliorations du comportement que chez des enfants qui ne font pas de visites».<sup>147</sup> Toutefois ces visites doivent être soigneusement préparées et répondre aux besoins et aux préoccupations de l'enfant.

Assurer la stabilité et la continuité de la prise en charge et de l'environnement est aussi important que de maintenir le contact entre le parent et l'enfant. «Le développement de relations positives, avec la présence et la disponibilité constante et compréhensive d'adultes qui l'ont pris en charge, peut améliorer les effets de la perte du parent ou d'autres problèmes, alors que l'instabilité dans la situation de prise en charge ne le fait pas.»<sup>148</sup> Ainsi, dans la mesure du possible, l'enfant devrait être placé dans un milieu stable et attentif afin que le moins de bouleversements possibles n'affectent sa vie. Comme le note Poehlmann: «Les enfants se font des représentations de relations qui sont moins bonnes lorsque les figures auxquelles ils s'attachent ne sont ni disponibles, ni ouvertes, ce qui arrive lorsque la prise en charge est touchée par la discontinuité, que la séparation se prolonge ou que l'enfant est maltraité».<sup>149</sup>

Le Comité des droits de l'enfant, dans une Observation finale, a recommandé que «la protection de remplacement assurée aux enfants qui sont séparés de leur mère en prison fasse l'objet d'un examen périodique de manière à ce que les besoins physiques et mentaux des enfants soient correctement satisfaits». En outre, il recommande aux Etats parties de veiller à ce que ces solutions de protection de remplacement «permettent à l'enfant de conserver des relations personnelles et un lien direct avec sa mère en prison».<sup>150</sup> Le paragraphe II du projet de Lignes directrices pour la prise en charge de remplacement des enfants insiste aussi sur la nécessité de maintenir une stabilité et de ne pas intervenir durant les premières phases du développement de l'attachement d'un enfant à la personne qui est principalement responsable de lui: «les décisions concernant les enfants pris en

144 Baunach, Phyllis Jo (1985) *Mothers in Prison* (New Brunswick: Transaction Books), p.2

145 Aux Etats-Unis on a parlé d'une compagnie de téléphone qui desservait uniquement les prisons; les taxes des appels payés par le destinataire, à partir de ces prisons, était plus élevées que celles des autres appels de ce genre. Pour de plus amples détails, voir Human Rights Watch (2002) *Collateral Casualties: Children of Incarcerated Drug Offenders in New York*, Section III, disponible à l'adresse: <http://hrw.org/reports/2002/usany/USA0602-03.htm> (consulté le 17 août 2009)

146 McDermott, Kathleen and King, Roy D. (1992) 'Prison rule 102: "stand by your man": the impact of penal policy on the families of prisoners' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.65

147 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.69

148 Poehlmann, Julie (2005) 'Representations of attachment relationships in children of incarcerated mothers' in *Child Development*, Vol. 76, No. 3, p.682

149 Poehlmann, Julie (2005) 'Representations of attachment relationships in children of incarcerated mothers' in *Child Development*, Vol. 76, No. 3, p.680

150 Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention relative aux droits de l'enfant - Observations finales: Thaïlande CRC/C/THA/CO/2, paragraphe 48; Philippines CRC/C/15/add.259, paragraphes 53-54.

charge par une personne de remplacement, y compris de manière non officielle, doivent respecter l'importance d'assurer un foyer stable aux enfants et de répondre à leur besoin fondamental d'un attachement sûr et constant à l'égard des personnes qui prennent soin d'eux, l'objectif principal étant la permanence».<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Annexe à Human Rights Council, 11th Session, Resolution 11/7: Guidelines for the Alternative Care of Children, para. 11

## 4 Prisonisation primaire

### 4.1 Introduction

Dans le chapitre précédent, nous avons utilisé le terme de *prisonisation secondaire*, de Megan Comfort,<sup>152</sup> pour décrire les effets de la séparation de l'enfant d'avec son parent emprisonné. En adaptant cette idée, nous appliquerons l'expression *prisonisation primaire* dans les situations où un enfant demeure en prison avec son parent. Nous étudierons les développements des lignes de conduite et de la pratique lorsque des enfants restent en prison avec leurs parents, afin d'examiner la manière dont les exigences des intérêts supérieurs de l'enfant peuvent être remplies. Nous en ferons l'évaluation en analysant la situation des enfants de parents détenus en Europe, là où les politiques ont évolué, l'impact négatif de la séparation des enfants d'avec leurs parents ayant été constaté, et où l'on autorise les enfants à vivre dans la prison. Reconnaisant l'universalité du problème, nous analyserons les obstacles particuliers auxquels les pays en développement sont confrontés lorsque la pratique consistant à permettre aux enfants de rester en prison constitue un risque supplémentaire pour les obligations légales fondamentales. Malgré l'universalité des condamnations à des peines de prison, il faut noter que les différentes dispositions dépendent de divers facteurs, notamment les attitudes variées par rapport à la vie de famille, au rôle des parents et à la valeur qu'on leur attribue, ainsi que des ressources à disposition, pour ceux qui sont dans la prison et en ce qui concerne la prise en charge de remplacement à l'extérieur.

### 4.2 Perspectives européennes: bref survol

En Europe, les bébés et les jeunes enfants sont autorisés à vivre avec leurs parents en prison dans un nombre limité de situations. La Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe,<sup>153</sup> notamment l'article 36.1 prévoit que les enfants en bas âge peuvent rester en prison avec un parent incarcéré, uniquement si tel est l'intérêt de l'enfant concerné. Les articles 36.2 et 36.3 de cette Recommandation prévoient que dans ces cas des mesures doivent être prises pour s'assurer l'on prenne en considération la sécurité et le bien-être de l'enfant en créant des installations dotées d'un personnel qualifié. La Recommandation souligne que les enfants ne sont pas eux-mêmes détenus. Cette politique apparaît comme une manière d'atténuer l'impact négatif de la séparation. Mais malgré cette manière de raisonner, il est reconnu que la prison n'est pas un milieu idéal pour élever un enfant.

Alors que les pays d'Europe s'apprêtent à installer dans les prisons des infrastructures favorables aux enfants afin de maintenir le contact entre enfants et parents, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Kleuver c Norvège*,<sup>154</sup> a estimé que les États n'ont aucune obligation de prévoir des aménagements pour qu'un enfant puisse vivre en prison avec sa mère. Les décideurs européens ne sont pas très disposés à encourager le placement d'enfants dans des prisons. Un rapport du Conseil de l'Europe en témoigne: «La nécessité de maintenir des contacts ne peut avoir pour effet de faire subir à l'enfant les effets négatifs de l'expérience carcérale».<sup>155</sup> Le Conseil a noté que «le milieu carcéral ne constitue pas un environnement approprié pour les bébés et les jeunes enfants, provoquant souvent un retard durable dans leur développement. Toutefois, s'ils sont séparés de force de leur mère, ils se retrouvent durablement handicapés sur les plans affectif et social. La plupart des

152 Comfort, Megan L. (2002) 'Papa's House: The Prison as Domestic and Social Satellite' in *Ethnography*, Vol. 3, p.471

153 Conseil de l'Europe Comité des ministres (2006) *Recommandation Rec(2006)2 du Comité des ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes*

154 *Kleuver c Norvège* (30 avril 2002), à l'adresse [http://www.rechtsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/99\\_045837.html](http://www.rechtsveven.info/Content/Menneskerett/CaseLaw/Judgments/99_045837.html) (consulté le 17 août 2009)

155 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (1997/ Doc 7816: Effets de la détention sur le plan familial et social.

systèmes pénitentiaires européens disposent de certaines structures pour héberger les mères avec bébé, mais des centaines de nourrissons sont néanmoins séparés de leur mère incarcérée.»<sup>156</sup>

On peut faire un certain nombre d'observations importantes à partir de ces déclarations du Conseil de l'Europe, notamment le dilemme consistant à vivre dans une société favorable au régime des prisons et, dans ce contexte, la question de savoir comment on peut au mieux prendre en charge les enfants restés à l'extérieur après que le jugement est rendu.

On a souvent noté que le nombre exact d'enfants dont un parent est en prison reste inconnu. Un rapport sur les effets de la détention au plan social et familial estime qu'en Europe, approximativement 700'000 enfants sont affectés par la détention d'un parent.<sup>157</sup> Cependant ce rapport ne prend en considération que les mères séparées de leurs bébés et ne tient pas compte des jeunes enfants qui sont affectés négativement par l'incarcération du père. Il ne mentionne pas non plus les droits des pères incarcérés, groupe qui représente le plus grand nombre de prisonniers dans le monde.

En Europe, contrairement à certains pays d'Amérique latine par exemple, les prisons n'autorisent généralement pas les enfants à vivre avec leur père. Au Danemark, il existe une prison qui comprend une unité familiale où mères et pères vivent avec leur enfant<sup>158</sup> et ce pays autorise les enfants de moins de trois ans à demeurer avec leur père.<sup>159</sup> L'Espagne offre aussi des «cellules familiales» dans la prison d'Aranjuez, au sud de Madrid. Toutefois, en ce qui concerne la *prisonisation primaire*, la pratique générale est que seules les mères peuvent garder leurs bébés auprès d'elles en prison. Une politique motivée par l'absence de reconnaissance du rôle du père dans le développement de l'enfant aboutit à une violation potentielle non seulement des mesures concernant l'égalité et la non discrimination, mais, spécifiquement dans ce cas, de l'article 18 de la CDE qui prévoit que les deux parents ont la responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement, et de l'article 9 qui prévoit que l'enfant a le droit de ne pas être séparé de ses parents.

L'âge auquel un enfant peut demeurer en prison varie aussi d'un pays à l'autre et même, dans certains cas, à l'intérieur d'un même pays, les limitations dépendent de la prison. Au Royaume Uni, un bébé peut vivre en prison jusqu'à ce qu'il ait neuf ou dix-huit mois, selon la prison.<sup>160</sup> En Allemagne, il existe des «maisons ouvertes» spéciales où des enfants peuvent loger jusqu'à l'âge de six ans. En dépit de ces différences concernant l'âge auquel les bébés et les jeunes enfants peuvent vivre en prison, en moyenne l'âge-limite jusqu'auquel les enfants peuvent vivre dans une prison est de trois ans.<sup>161</sup> La raison de cet âge-limite semble être que l'enfant peut former des liens sans être encore conscient de l'environnement carcéral.

Les recherches entreprises en vue de cette étude ont montré que si la plupart des pays où nous avons enquêté ont au moins un établissement avec un secteur pour mères et enfants; Malte est l'un des rares pays n'ayant aucune possibilité permettant aux enfants de vivre dans la prison.<sup>162</sup>

Il existe deux principaux types de prisons où les enfants de détenus peuvent loger: les unités pour mères et nourrissons et les maisons ouvertes. Les premières sont destinées à permettre aux nouveau-nés d'être nourris par leur mère. Dans le cas de l'Irlande par exemple, l'article 20 du Règlement des prisons de 1947 prévoit que «l'enfant d'une détenue peut être admis à vivre en prison avec sa mère si celle-ci l'allait encore». Dans la pratique, il est rare qu'un enfant reste en prison au-delà de cette première phase.

156 Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (2000) Doc 8762: Mères et bébés en prison, à l'adresse: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc00/EDOC8762.htm>, (consulté le 10 mai 2007)

157 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.7

158 Questionnaire de Dagmar Rasmussen, Responsable des cautions, Danemark, 15 juin 2007

159 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.74

160 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.75

161 Notamment dans des pays tels que la Belgique, l'Italie, l'Espagne, le Danemark et la Pologne.

162 Questionnaire du Dr Mario Spiteri, Directeur du Département de promotion de la santé à Malte, 9 juin 2007.

Les maisons ouvertes existent en Allemagne et sont généralement destinées aux mères qui ont commis des délits mineurs. Les mères détenues ont le droit de vivre avec leurs enfants si ceux-ci ont moins de six ans. Elles planifient et préparent leurs propres repas et ceux de leurs enfants. Le matin, pendant que les mères travaillent, les enfants sont pris en charge par des jardinières d'enfants professionnelles et des infirmières spécialisées en pédiatrie.<sup>163</sup> Tous les six mois, des rapports sont rédigés sur le développement des enfants.

### 4.3 Les avantages de la prisonisation primaire

La prison doit devenir un milieu adéquat pour de petits enfants, dans les limites des contraintes imposées par les règlements et les exigences des prisons. Le Comité européen pour la prévention de la torture a noté que, dans les situations où les enfants demeurent en prison avec leurs parents, «l'objectif devrait être de créer un environnement centré sur les enfants, libre des signes visibles de l'incarcération tels que les uniformes et le cliquetis des clés».<sup>164</sup> Grâce à la présence d'installations adéquates, les avantages consistant à maintenir le contact entre la mère et l'enfant prennent de l'importance. Ce contact facilite le développement de l'enfant, tout en contribuant à la réinsertion de la détenue grâce au maintien des liens familiaux, au lieu d'aggraver et d'intensifier les sentiments de perte et d'échec associés à l'emprisonnement d'un parent.

Toutefois, il reste à examiner si le fait de garder l'enfant en prison avec le parent sert réellement l'intérêt supérieur de l'enfant. Il faut examiner la question de savoir si les droits légaux de l'enfant peuvent être protégés de manière adéquate dans ces circonstances et si, en fin de compte, on sert ainsi ses intérêts.

### 4.4 Le droit à la vie, à la survie et au développement

Dans un rapport récent, le Comité des droits de l'enfant a remarqué que l'allaitement d'un bébé est un des éléments faisant partie intégrante du droit à la vie, à la survie et au développement qui figure dans la CDE.<sup>165</sup> La même remarque figure dans les *travaux préparatoires* à la Convention.<sup>166</sup> C'est pourquoi on peut soutenir que le maintien du contact entre une mère et son bébé en prison est nécessaire pour réaliser le droit à la vie, à la survie et au développement de l'enfant.

En ce qui concerne les petits enfants vivant en prison avec un parent, le droit au développement exige une attention particulière. Ce droit, tel qu'il figure dans la Déclaration des Nations Unies de 1986 sur le droit au développement comporte notamment l'offre d'un milieu favorable au développement mental et physique de l'enfant, correspondant à ses capacités.<sup>167</sup> Le Réseau européen pour les enfants de parents détenus a déclaré que «des dispositions devraient aussi être prises pour promouvoir le développement normal des capacités motrices et cognitives des petits enfants vivant en prison. Ils devraient en particulier disposer de possibilités de jeu et de mouvement dans le cadre de la prison et devraient si possible avoir l'occasion de sortir de l'établissement et de faire l'expérience de la vie ordinaire à l'extérieur.»<sup>168</sup> Le risque que peut causer une absence de stimulation pour le développement peut constituer l'une des préoccupations les plus graves au sujet des enfants vivant en prison en Europe.

163 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.77

164 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.20

165 Comité des droits de l'enfant, Journée de débats sur La mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, 17 septembre 2004, paragraphe 8, à l'adresse <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/earlychildhood.pdf> (consulté le 11 août 2009)

166 Detrick, Sharon (1992) *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'travaux préparatoires'* (Kluwer International Press)

167 Nowak, Manfred (2005) *Article 6 – The Right to Life, Survival and Development* (Leiden: Nijhoff), p.3

168 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), pp.20-21

Au cours de recherches visant à évaluer dans quelle mesure l'environnement carcéral influe sur le développement de l'enfant, on a comparé les enfants vivant avec leur mère en prison à ceux qui sont pris en charge à l'extérieur, notamment par des parents, des familles d'accueil et des amis de leur famille.<sup>169</sup> Ces deux groupes ont ensuite été comparés à des bébés qui fréquentent des crèches. On a découvert que, contrairement à des tests effectués précédemment sur des enfants placés dans des institutions, aucun trouble mental grave ne se produit.<sup>170</sup> On a remarqué que le développement locomoteur et cognitif des bébés qui passent plus de quatre mois dans les unités mère-enfant se ralentit. Au moment de la libération cependant, ils rattrapent rapidement les enfants vivant à l'extérieur de la prison.<sup>171</sup> Malgré ce retard initial dans le développement, l'étude a montré que les bébés vivant dans les unités jouissaient d'une stabilité plus importante que ceux qui sont placés. Il a aussi été constaté que cette question de la stabilité a un impact à plus long terme sur l'enfant.<sup>172</sup> En outre, un élément qu'il ne faut pas négliger est le fait que même si l'enfant vit dans une institution, c'est sa mère qui prend soin de lui une partie du temps au moins.

Les résultats de cette recherche indiquent que les unités mère-enfant sont potentiellement un environnement adéquat pour le développement des capacités de base, mais qu'à part cela, elles n'offrent pas nécessairement un cadre adéquat, vu qu'elles entravent le développement locomoteur de l'enfant.<sup>173</sup> Concernant le développement cognitif, on a pu dire que, si les enfants reçoivent des soins, il peut arriver qu'ils soient privés de «jeux éducatifs, dirigés et favorables à l'exploration»<sup>174</sup> en raison des limites et des restrictions inhérentes à la vie en prison. Pour compenser la rareté des stimulants, typique de l'environnement carcéral, une attention particulière est nécessaire lorsque l'on crée un tel milieu destiné aux enfants. Il est intéressant de noter que Liza Catan, dans sa recherche sur le développement de l'enfant, a constaté que l'un des facteurs qui contribuent à l'absence de stimulants éducatifs, mis à part le milieu carcéral, vient des personnes qui s'occupent des enfants et qui sont souvent des employées et des infirmières de prison et non pas des puéricultrices professionnelles. En fait, il ressort d'une évaluation des réponses à un questionnaire distribué aux responsables de la santé dans les prisons européennes que le nombre des prisons où des professionnels de la santé travaillent dans ces unités, ou même celles qui ont du personnel pénitentiaire spécialisé en puériculture, est très réduit. Les priorités du personnel travaillant dans les unités où se trouvent des enfants diffèrent considérablement de celles des personnes travaillant dans des crèches ou des classes maternelles. Les infirmières travaillant dans des prisons sont motivées par la perspective de la santé, plutôt que par celle de communiquer avec l'enfant en vue de le stimuler ou de favoriser son développement par le jeu interactif.<sup>175</sup> A cet égard, une évolution est en cours et en Pologne, par exemple, le personnel de la prison qui travaille auprès des enfants est formé et suit des cours particuliers à cet effet.<sup>176</sup>

La recherche effectuée par Catan conclut que si les unités mère-enfant et les autres aménagements destinés aux enfants peuvent constituer un milieu adéquat pour le développement d'un enfant et même, dans certains cas, préférable à la séparation de l'enfant d'avec sa mère, il faut se préoccuper des défauts mentionnés afin de mieux stimuler le développement moteur et cognitif de l'enfant, de la même manière que ce serait le cas pour un enfant vivant dans des circonstances plus normales. Il faut en faire davantage, aux niveaux régional et international, pour systématiser les ressources et les normes de soins destinés aux bébés et aux jeunes enfants vivant en prison.

169 Utilisant l'échelle de développement mental de Griffiths, cette recherche s'est centrée sur les normes de développement locomoteur, social, linguistique, de coordination motrice fine et cognitif, cf. Catan, Liza (1992) 'Infants with mothers in prison' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.15

170 Catan, Liza (1992) 'Infants with mothers in prison' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), pp.16-17

171 Lloyd, Eva (1992) 'Prisoners' children: the role of prison visitors' centres' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.25

172 Lloyd, Eva (1992) 'Prisoners' children: the role of prison visitors' centres' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.25

173 Catan, Liza (1992) 'Infants with mothers in prison' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.17

174 Catan, Liza (1992) 'Infants with mothers in prison' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.18

175 Catan, Liza (1992) 'Infants with mothers in prison' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.19

176 Questionnaire de Marzena Ksel, Directrice du service de santé des prisons, Pologne, 9 juin 2007

Même s'il importe d'encourager l'interaction entre la mère et l'enfant, il faut être conscient des dangers que peut impliquer l'enfermement qui est évident dans la vie carcérale. Dans le contexte de la détention, un environnement dans lequel cette relation symbiotique entre mère et enfant devient malsaine et étouffante peut constituer une entrave au développement. Des mesures doivent être prises pour faire en sorte que cette relation demeure saine pour tous deux et pour faciliter l'interaction des mères entre elles et avec le monde extérieur.

## 4.5 Le droit de vivre avec sa famille

La famille, telle qu'elle est définie dans le premier chapitre de la présente étude, est décrite par Donnelly comme le «siège de la socialisation».<sup>177</sup> La famille nourrit l'estime de soi, la dignité et le sentiment d'appartenance de l'enfant.<sup>178</sup> En outre, comme le soutient Bowlby, la famille donne à l'enfant le sentiment d'avoir sa place dans le monde.<sup>179</sup> Les unités mère-enfant et les autres manières d'accueillir de jeunes enfants dans des prisons sont une reconnaissance de l'importance que revêt la vie de famille pour le droit de l'enfant à vivre sous la garde et en compagnie de son parent, selon l'article 9 de la CDE, comme on l'a vu précédemment.

Il est difficile d'analyser de manière concluante l'impact de l'emprisonnement parental, car il peut exister de nombreuses variables. Si l'enfant vit dans une famille violente, il est évidemment préférable que le parent en soit séparé et dans ce cas, l'éloignement du parent ne viole pas l'article 9 de la CDE. Au contraire, dans de telles circonstances, l'État remplit son obligation de protéger l'enfant conformément aux termes de la CDE. Parmi d'autres variables qui doivent être – et sont souvent – prises en considération par les autorités judiciaires, on mentionnera la question de savoir si c'est la personne qui assume la charge principale de l'enfant qui est emprisonnée, la longueur de la peine, la gravité du délit et l'existence d'une autre prise en charge de l'enfant, que ce soit par un membre de la famille, des amis, des voisins ou dans un foyer d'accueil, par adoption ou le placement dans une institution.

En Europe, la tendance, lorsque la mère est emprisonnée, est de prendre l'option de laisser l'enfant avec sa mère, mais la même option n'est pas à disposition lorsque c'est le père qui est détenu. Souvent la logique qui sous-tend cette réalité relève simplement de la différence de logistique entre la détention des hommes et celle des femmes, ainsi que du degré de sécurité nécessaire. On le voit à l'évidence lorsque l'on visite la prison de Montjoy à Dublin. Dans le même complexe de bâtiments, il y a une prison pour hommes et une prison pour femmes, de part et d'autre d'une cour. La prison pour hommes est un quartier de haute sécurité où les détenus demeurent enfermés dans des cellules la plus grande partie de la journée, souvent même pour les repas et où ils sont forcés d'utiliser des tinettes et de les sortir plus tard pour les vider. Dans la prison des femmes, au contraire, connue sous le nom de Centre Dochas (mot irlandais signifiant «Espérance»), les murs sont peints de couleurs vives, on parle des cellules comme de chambres, et les femmes ont même la clé de certaines d'entre elles. Près du quartier des femmes, il y a une place de jeu et une cuisine où elles peuvent cuisiner des repas pour elles-mêmes et pour leurs enfants quand ils viennent en visite.

Une autre raison de laisser les enfants avec leur mère est que celle-ci est souvent la personne qui en assume la responsabilité principale. Quand le père est emprisonné, les femmes restent habituellement seules à prendre soin des enfants. Cependant, il est évident que les choses sont différentes lorsque les mères sont détenues et qu'il y a peu d'autres solutions pour la garde des enfants.

177 Donnelly, Jack and Howard, Rhoda (1988) 'Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, p.226

178 Donnelly, Jack and Howard, Rhoda (1988) 'Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, p.226

179 Goldberg, Susan (2003) *Attachment and Development* (London:Arnold), pp.16-17

Malgré cette tendance, il ne faudrait pas négliger le rôle des deux parents dans le développement de l'enfant. Comme on l'a vu au chapitre 1, l'article 9 de la CDE prévoit qu'il ne faut pas éloigner l'enfant de ses parents, alors que l'article 18 stipule que les deux parents ont le devoir d'élever l'enfant. L'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne considère que "tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt". Le Réseau européen pour les enfants de parents détenus a noté dans un rapport récent que pendant les premières phases de l'enfance, le rôle des parents est crucial pour le développement de l'enfant et que, par conséquent, "il faut accorder une grande attention à la triade mère-père-enfant au cours de ces premiers mois".<sup>180</sup>

La non-discrimination est également classée comme un droit d'appartenance. Jack Donnelly et Rhoda Howard remarquent que «la condition de la participation sociale est la reconnaissance de l'appartenance à la société en tant qu'individu, quelle que soient les allégeances familiales, tout en les respectant. Ainsi, le droit à la famille doit être complété par le droit à la non-discrimination.»<sup>181</sup> Dans cette situation, protéger le droit à ne pas subir de discrimination signifie veiller à ce que le fait de vivre en prison n'aboutisse pas à une discrimination de la part de ceux avec qui les enfants sont en contact par la suite, notamment les enseignants.

## 4.6 Donner les moyens de l'autonomie

Au cours de sa 11<sup>ème</sup> session, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a adopté une résolution sur le droit à l'éducation. Cette résolution, adoptée par consensus, considère spécifiquement l'éducation des détenus et de leurs enfants. Le paragraphe 10.1 se réfère à l'obligation qu'ont tous les Etats de veiller à ce que l'éducation primaire soit obligatoire, accessible à tous, y compris à tous les enfants en détention ou *vivant en prison* (c'est nous qui soulignons).<sup>182</sup> Comme le fait observer Stephen Moore, l'un des chercheurs originaux dans ce domaine, «tous les enfants ont droit à l'accès à l'éducation, au développement physique, intellectuel et social, et à l'acquisition des compétences dont leur succès dans la vie dépend».<sup>183</sup> La réalisation du droit de l'enfant à l'éducation est doublement affectée par le séjour de l'enfant en prison. C'est le cas premièrement dans les unités mère-enfant, dont il a été question plus haut, où le manque de stimulation éducative peut avoir des effets négatifs sur les premières phases du développement de l'enfant. Deuxièmement, il s'agit de l'accès des jeunes enfants à l'éducation. Dans ce cas, il faut évaluer si les droits fondamentaux minima à l'éducation des enfants vivant en prison sont pris en compte et si l'on y répond aux besoins particuliers de ce groupe vulnérable.

Les écoles peuvent aller au-delà de la réalisation du droit minimum à l'éducation et offrir plus de soutien et influencer davantage les enfants vivant en prison. Pour un grand nombre d'entre eux, il s'agit là de la seule occasion de quitter l'enceinte de la prison. Le lieu où se situe le jardin d'enfants, le centre de jour ou l'école à l'extérieur de la prison revêt une importance particulière, comme dans le cas des maisons pour mères et enfants de Sevenum, aux Pays-Bas, ou celles de Vechta et de Frondenberg en Allemagne.<sup>184</sup> Moore souligne le rôle que les enseignants peuvent jouer, parce qu'ils sont peut-être les seules figures d'adultes stables dans la vie instable de ces enfants, pour améliorer leur situation d'enfants de détenus. Moore suggère: «Les enseignants devraient faire comprendre à leurs élèves qu'ils peuvent aller vers eux, en cas de nécessité et s'ils choisissent de le faire. Cette

180 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.27

181 Donnelly, Jack and Howard, Rhoda (1988) 'Assessing National Human Rights Performance: A Theoretical Framework' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, p.228

182 Ertürk, Yakin (2009) *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences*, Mme Yakin Ertürk, *Économie politique des droits des femmes*, UN Doc A/HRC/11/6

183 Moore, Stephen (1992) 'A link with normality: the role a school could play to help a prisoner's child in crisis' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.176

184 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), pp.74-79

offre devrait être faite à tous les enfants. Les enseignants ne devraient pas distinguer particulièrement ceux dont ils pensent qu'ils ont des difficultés. Il faudrait fixer un lieu et un moment où ils ne sont pas sous les yeux des autres élèves pour profiter de cette offre. Une assistance pratique, par exemple pour obtenir des repas gratuits, des uniforme, ou des bourses d'étude, peut réduire le poids des pressions qui s'exercent sur la famille et par conséquent sur l'enfant.»<sup>185</sup>

## 4.7 Protection

Dans un rapport de 2004, le Comité des droits de l'enfant a noté qu'actuellement, les enfants vivant avec leur mère en prison sont l'un des groupes les plus vulnérables.<sup>186</sup> La protection contre le tort physique ou mental est un droit humain essentiel et il est particulièrement en danger dans le cas des bébés et des jeunes enfants vivant en prison. Il s'étend aux actes et aux omissions du personnel pénitentiaire ainsi que des mères et de toute personne qui entre en contact avec les enfants. Dans l'affaire *JH (A minor)*<sup>187</sup> au Royaume Uni, la Cour a déclaré qu'il était approprié de séparer la mère de l'enfant, sur la recommandation du directeur de la prison, car on a constaté que la conduite de la mère était nuisible pour le bien-être de l'enfant. Ce cas illustre l'importance d'une surveillance constante du développement de l'enfant en ce qui concerne la relation avec sa mère dans l'environnement carcéral.

Le Réseau européen pour les enfants de parents détenus (EUROCHIPS) recommande que la relation entre la mère et l'enfant soit encouragée et protégée de manière saine. C'est pourquoi l'enfant ne devrait jamais être enfermé avec sa mère ou demeurer à l'isolement et, dans la mesure du possible, un contact positif devrait être maintenu et facilité avec d'autres parents et enfants tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la prison.<sup>188</sup>

## 4.8 La situation des enfants de parents détenus dans les pays en développement

De nombreux pays en développement ont aussi pour politique de loger les enfants avec leurs pères et mères emprisonnés.<sup>189</sup> Concernant le Cambodge, le Comité des droits de l'enfant note dans ses Observations finales: «Actuellement, certains enfants vivent avec leur mère détenue en prison parce que cette dernière ne veut pas se séparer d'eux. Le Ministère de l'action sociale est en train d'étudier des mesures à prendre en vue de la protection des intérêts des enfants».<sup>190</sup> Dans les pays en développement il existe une conscience semblable des effets de la séparation sur le développement de l'enfant. Cependant le climat économique du pays affecte les conditions de détention et la mise en œuvre de mesures de protection légale ne parviennent pas à persuader le lecteur, fût-il le plus ouvert d'esprit, que de telles conditions servent l'intérêt supérieur de l'enfant. Les conditions de détention en Amérique du Sud et les effets de ces conditions sur les droits des enfants figurent dans un rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. La Commission se dit «préoccupée au sujet du bien-être physique, psychologique et affectif d'enfants et d'adolescents qui vivent avec leurs

185 Moore, Stephen (1992) 'A link with normality: the role a school could play to help a prisoner's child in crisis' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children: What are the Issues?* (London: Routledge), p.177

186 Comité des droits de l'enfant, Journée de débats sur La mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance, 17 septembre 2004, à l'adresse: <http://ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/earlychildhood.pdf> (consulté le 20 avril 2007)

187 *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Hickling and JH (A minor)* [1986]

188 Ayre, Liz, Philbrick, Kate and Reiss, Marielle (eds.) (2006) *Children of Imprisoned Parents: European Perspectives on Good Practice* (Paris: EUROCHIPS), p.74

189 Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Nepal, CRC/C/15/Add.261, paragraphe 52; Thaïlande, CRC/C/THA/CO/2, paragraphe 48; Observations finales: Iran, CRC/C/15/Add.254, paragraphe 51; Observations finales: Mexique, CRC/C/MEX/CO/3, paragraphe 39; Observations finales: Cambodge, CRC/C/11/Add.16, paragraphe 101

190 Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présents par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Cambodge, CRC/C/11/Add.16, paragraphe 101

pères et leurs mères dans les prisons visitées, en raison de l'état précaire des infrastructures, des installations sanitaires et de la sécurité dans ces prisons».<sup>191</sup>

Une étude menée en Inde par le National Institute of Criminology and Forensic Sciences sur les enfants de femmes détenues dans les prisons indiennes indique que les enfants souffrent de diverses privations relatives à la nourriture, aux soins de santé, au logement, à l'éducation et aux loisirs. Il y manque aussi le personnel formé pour prendre soin de ces enfants. La Cour suprême a ordonné que d'autres études soient effectuées sur les prisons du pays dans lesquelles vivent des enfants, documentant spécifiquement le nombre des enfants vivant en prison et la mesure dans laquelle des dispositions sont prises pour répondre à leurs besoins particuliers. Les résultats varient considérablement d'une prison à l'autre; certaines mentionnent qu'elles fournissent du lait et des vêtements de rechange, alors que d'autres offrent des programmes d'alphabétisation ou des écoles maternelles. Un rapport du Tata Institute of Social Sciences énumère les cinq points suivants auxquels la Cour devrait être attentive lorsqu'elle publie des lignes directrices à l'intention de ces enfants:

- *Le milieu carcéral n'est pas favorable à la croissance normale et au développement des enfants.*
- *De nombreux enfants nés en prison n'ont jamais vécu une vie de famille normale jusqu'à l'âge de quatre à cinq ans.*
- *Le modèle de socialisation des enfants est gravement affecté par leur séjour en prison. La seule image d'autorité masculine qu'ils ont est celle de la police et des gardiens de prison. Ils ne connaissent pas la notion de «foyer». Parfois, les garçons parlent au féminin, ayant grandi dans un entourage exclusivement féminin dans le quartier des femmes. Lorsqu'ils voient par exemple des animaux sur la route, ils ont peur, n'ayant jamais été en contact avec le monde extérieur.*
- *Les enfants sont transférés avec leurs mères d'une prison à l'autre, ce qui les déstabilise.*
- *Ces enfants se comportent parfois dans les prisons de manière violente et agressive, ou sont repliés sur eux-mêmes.*<sup>192</sup>

Ce rapport ainsi que d'autres études et déclarations semblables faites par des avocats a poussé la Cour suprême à publier des directives sur les soins à donner aux enfants de femmes détenues. Dès le début, ces directives établissent que seuls des enfants âgés de moins de six ans devraient être autorisés à demeurer avec leur mère, et ils ne devraient pas être traités en détenus. On leur fournira une nourriture qui correspond aux besoins nutritionnels et diététiques d'enfants et les femmes enceintes, dans la mesure du possible, accoucheront hors de prison.<sup>193</sup> La décision du juge Y.K. Sabharwal, président de la Cour, formule aussi des dispositions en vue d'aménagements pour l'éducation et pour les loisirs, et en particulier l'établissement de crèches hors de l'enceinte de la prison pour les enfants des détenues et ceux du personnel. C'est là une initiative innovatrice et une démarche positive visant à ce que les enfants des détenues ne soient pas séparés et isolés d'autres enfants. Evidemment, on prendra des mesures pour éviter les cas de brimades et de discrimination. Un rapport sur la manière dont les diverses personnes intéressées se conforment à ces directives est aussi exigé dans l'espace de quatre mois. En avril 2009, la Commission nationale indienne des droits de l'homme a recommandé que le gouvernement d'Uttar Pradesh verse des compensations à une mère dont l'enfant était né dans les toilettes d'une prison et était mort par la suite, faute d'installations médicales adéquates. La Commission s'est référée aux directives publiées par la Cour

191 Inter-American Commission on Human Rights (2006) Press Release No. 48/06: IACHR checks situation of persons deprived of liberty in some jails in the Republic of Bolivia, available at <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/2006/48.06eng.htm> (consulté le 8 août 2009)

192 *R D Upadhyaya v State of AP* [2006] INSC 204, à l'adresse <http://www.commonlii.org/in/cases/INSC/2006/204.html> (consulté le 11 août 2009)

193 *R D Upadhyaya v State of AP* [2006] INSC 204, à l'adresse <http://www.commonlii.org/in/cases/INSC/2006/204.html> (consulté le 11 août 2009)

suprême pour appuyer ses décisions et a noté que ces directives n'ont pas encore été appliquées dans l'ensemble du pays.<sup>194</sup>

Prenant en considération cette décision indienne qui fait date, les leçons tirées ainsi que les défis qu'elle mentionne en vue de la protection et de la réalisation des droits des enfants vivant en prison avec leurs parents, la présente étude examinera en particulier deux prisons de Bolivie. Dans les prisons visitées, le fait que des enfants vivent dans la prison est la norme plutôt que l'exception. Nous examinerons la situation des enfants afin d'établir dans quelle mesure leurs intérêts supérieurs sont pris en considération par les autorités carcérales et de quelle manière des réformes peuvent mieux prendre en compte ces intérêts. Comme l'a recommandé le Comité des droits de l'enfant dans ses Observations finales, l'Etat partie devrait «revoir la pratique actuelle qui veut que les enfants vivent avec leurs parents en prison, afin de la restreindre aux seuls cas où cela s'avère être dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de veiller à ce que les conditions de vie puissent leur permettre de se développer harmonieusement».<sup>195</sup>

#### 4.8.1 La manière dont les pays en développement abordent les effets de l'emprisonnement sur les droits de l'enfant: étude de cas sur les prisons boliviennes

Dans les pays en développement, comme dans les pays développés, les effets de l'emprisonnement d'un parent sur un enfant sont pour le moins un obstacle sérieux à son développement. Cependant, et en particulier dans le cas des pays en développement, ce fait peut aussi être néfaste pour la survie de l'enfant.

##### a. Le cadre législatif

La Bolivie, comme de nombreux pays en développement, a signé et ratifié les documents essentiels des droits de l'homme, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La Bolivie est aussi partie à la Convention contre la torture. Au niveau régional, elle participe aussi des droits et obligations de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

Le droit national renforce ces engagements à reconnaître et à protéger les droits de l'homme dans le pays. Il existe de nombreuses dispositions qui protègent les droits des enfants de parents détenus. L'article 7 de la *Constitución Political de Estado* reconnaît le droit à la vie, à la santé et à la sécurité, tandis que l'article 199 impose à l'Etat l'obligation de protéger la santé mentale et morale de l'enfant et lui confie la protection du droit de l'enfant à la vie de famille. L'article 7 du *Código del Niño, Niña y Adolescente* (Code des mineurs), semblable à l'article 3 de la CDE, reconnaît le droit de l'enfant à vivre avec sa famille et à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant ait la priorité absolue. En outre, l'article 27 du Code des mineurs comporte le droit de l'enfant à ne pas être séparé de sa famille. Lorsqu'un père est privé de liberté et que l'enfant n'a pas de famille élargie, l'Etat, selon l'article 30, doit offrir une prise en charge de remplacement (*familia sustituta*) dans la localité où se trouve la prison où le père est détenu. En application de l'article 26 du Code des mineurs, les enfants de détenus âgés de moins de six ans ont la possibilité de demeurer avec leurs parents. Les enfants de moins de six ans qui demeurent en prison doivent avoir accès à une *guarderia*, une garderie d'enfants. L'article 27 de ce même Code prévoit que les enfants vivant dans la prison reçoivent le régime alimentaire nécessaire à un développement sain.

<sup>194</sup> National Human Rights Commission (2009) *Jail authorities held responsible for the death of a women prisoner's child; NHRC recommends one lakh rupees monetary relief* (New Delhi, India), à l'adresse <http://nhrc.nic.in/dispArchive.asp?fno=1736> (consulté le 11 août 2009)

<sup>195</sup> Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention; Observations finales: Népal, CRC/C/15/Add.261, paragraphe 52, à l'adresse <http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.15.Add.261.pdf> (consulté le 20 mai 2007)

La *Ley 2298, ley de Ejecucion Penal y Supervision* (Loi 2298 sur l'exécution et la supervision des peines, ci-dessous Loi 2298) constitue le fondement de la protection des détenus. Elle décrit les buts des prisons, à savoir qu'elles doivent réhabiliter le détenu pour qu'il devienne un citoyen respectueux des lois et de la société. La Loi 2298 prohibe le recours à la détention préventive: l'article 9 indique que tous les détenus doivent être au bénéfice de tous les droits et obligations garantis par la Constitution et les autres instruments des droits de l'homme. Il y a un large fossé entre ces dispositions ambitieuses et la réalité des prisons, les effets qu'elle a sur les prisonniers et le fait que la détention préventive existe encore.

#### b. *L'écart entre la législation et la pratique*

Malgré l'abondance des garanties législatives qui existent aux niveaux national, régional et mondial, la réalité de la situation des prisonniers et de leurs familles dans les pays en développement demeure: il y a un abîme entre la législation et la pratique. «Les conditions de détention dans les prisons constituent non seulement certaines des pires violations des droits de l'homme dans les démocraties latino-américaines contemporaines, mais elles révèlent aussi des faiblesses fondamentales de ces démocraties.»<sup>196</sup>

Les problèmes existant dans les prisons d'Amérique du Sud sont notamment «l'assassinat systématique, la surpopulation, la maladie, la torture, le viol, la corruption et les violations des procédures en bonne et due forme, tout cela en permanence, sous les yeux de l'Etat».<sup>197</sup> Dans le cas de la Bolivie, ces problèmes ont leur source dans le climat d'un pays enfoncé dans la pauvreté et la corruption, souvent exacerbées par une politique étrangère motivée par la dépendance par rapport à l'aide des pays développés.

La Bolivie a connu un siècle de tourmentes politiques et plus de deux décennies de régime militaire qui ont empêché un développement stable. Les pressions exercées par le gouvernement des Etats-Unis pour promulguer des mesures de tolérance zéro contre le trafic de drogue a eu un impact négatif sur la protection des droits de l'homme. Le gouvernement des Etats-Unis, par exemple, a joué un rôle important dans la promulgation de la *Loi 1008*, pierre angulaire de la législation bolivienne contre la drogue. Human Rights Watch a noté que «l'assistance des Etats-Unis a servi à soutenir des programmes et des politiques entachées de violations des droits de l'homme».<sup>198</sup> Selon cette loi, les personnes accusées d'un délit, mineur ou grave, en relation avec la drogue sont emprisonnées sans possibilité de libération avant leur procès. Lorsque l'accusé est acquitté il doit rester en prison jusqu'au moment où son cas a été réexaminé par la Cour suprême. Dans un pays où la justice souffre de ressources insuffisantes, où l'on manque d'avocats de la défense et où l'aide juridique soutenue par l'Etat est inadéquate, la pratique d'une telle loi a pour conséquence des violations, notamment des droits à la liberté et à un procès équitable. En outre, cette loi a conduit la Bolivie à violer le droit national et international qui interdit le recours à la justice préventive. La réalité de cette situation, c'est que 75% des 7'682 prisonniers en Bolivie n'ont pas été reconnus coupables, mais attendent d'être jugés.<sup>199</sup> Au moment où nous écrivons ces lignes, la période moyenne de détention préventive se situe entre cinq et huit ans.<sup>200</sup>

La Loi 1008 a eu pour résultat une grave surpopulation carcérale. La prison de San Pedro, au centre de La Paz, a été construite en 1885 pour recevoir 200 à 300 personnes. Actuellement, 1500 prisonniers y sont détenus, sans compter les femmes ou les 380 enfants qui, selon les estimations, vivent aussi à San Pedro. Les autorités judiciaires de l'Etat sont incapables de gérer ce grand nombre

196 Ungar, Mark (2003) 'Prisons and Politics in Contemporary Latin America' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, p.909

197 Ungar, Mark (2003) 'Prisons and Politics in Contemporary Latin America' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, p.909

198 Human Rights Watch (1995) *Bolivia: Human Rights Violations and the War on Drugs*, available at <http://www.hrw.org/legacy/summaries/s.bolivia957.html> (consulté le 12 août 2009)

199 Inter-American Commission on Human Rights (2006) *Press Release No. 48/06: IACHR checks situation of persons deprived of liberty in some jails in the Republic of Bolivia*, available at <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/2006/48.06eng.htm> (consulté le 8 août 2009)

200 Entretien avec Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (ombudsman) du Bureau de l'ombudsman, La Paz, 30 mai 2007

de plaintes. Ces questions sont un signe de problèmes sous-jacents plus graves encore existant dans le système judiciaire. Etant donné la longueur du temps que près du 75% de la population carcérale a passé, en moyenne, à attendre un jugement, il est évident que de nombreux enfants de détenus à San Pedro ne connaissent que la vie en prison. C'est tout particulièrement le cas dans la prison pour femmes d'Obrajes en Bolivie, où la majorité des détenues le sont en vertu de la Loi 1008.<sup>201</sup>

Cette augmentation de la population carcérale a des effets négatifs sur les droits de l'enfant. La Commission interaméricaine, après avoir visité les prisons, a souligné le fait que «l'état précaire de l'infrastructure, des installations sanitaires et de la sécurité a accru le problème de la surpopulation».<sup>202</sup>

### c. *Implications juridiques pour les droits de l'enfant*

Après avoir esquissé quelques uns des principaux problèmes qui existent à propos des conditions de détention en Bolivie ainsi que leurs causes, nous allons évaluer de quelle manière ces conditions affectent spécifiquement les droits de l'enfant et son intérêt supérieur.

### d. *Le droit à la vie, à la survie et au développement*

Comme on l'a vu ci-dessus, les jeunes enfants, en Europe ne sont autorisés à vivre dans des prisons qu'avec leur mère, et cela en dépit du fait que, selon l'article 18 de la CDE, les deux parents sont responsables d'élever leurs enfants. En Bolivie, les enfants peuvent résider en prison soit avec leur père, soit avec leur mère. La seule restriction réside dans le fait que les hommes ne peuvent pas demeurer dans les prisons pour femmes et que leurs visites sont limitées à deux par semaine. Toutefois les femmes ont l'autorisation de vivre dans la prison pour hommes de San Pedro, avec les enfants et les détenus.

Les conditions de détention affectent la sécurité de la prison. En particulier, il n'existe pas dans la prison de séparation entre les condamnés qui purgent une peine, les détenus qui attendent de passer en jugement, les délinquants coupables de crimes violents graves et ceux qui sont reconnus coupables de délits moins graves ou non violents. Le fait qu'il n'y ait aucune mesure de sécurité à l'intérieur de la prison accroît les risques pour la sécurité des enfants. Selon les estimations, 70% des détenus sont en prison pour des délits non-violents et 30% pour des crimes plus graves.<sup>203</sup> La prison est divisée en secteurs selon le prix que les détenus peuvent payer pour leur cellule. L'absence de la sécurité que devraient assurer les gardiens, qui demeurent à l'extérieur, a pour résultat que c'est une prison autogérée par les prisonniers, ce qui entraîne ce que l'on a qualifié de «violence cyclique».<sup>204</sup> En outre, les prisonniers qui n'ont pas les moyens d'acheter une cellule pour eux-mêmes et pour leur famille vivent dans la rue de la prison ou dorment sur le sol dans des cellules surpeuplées:

*Les conditions inhumaines sont caractéristiques des prisons de toutes dimensions et de tous les degrés de sécurité. Les produits de première nécessité ne peuvent qu'être achetés, et à des prix inabordables. Dans la prison bolivienne de San Pedro, l'une des plus grandes du pays, certains détenus peuvent «acheter» leurs cellules, mais la plupart d'entre eux sont entassés dans des espaces minuscules et sans air ou dorment sur des escaliers et dans des couloirs. Les enfants des détenus qui vivent dans la prison transportent des armes et des drogues de l'extérieur vers l'intérieur et inversement et de nombreux détenus qui se trouvent dans le secteur médical sont couchés par terre.*<sup>205</sup>

201 Entretien avec Gardy Costas au Bureau de l'ombudsman, La Paz, Bolivie, 30 mai 2007

202 Inter-American Commission on Human Rights (2006) Press Release No. 48/06: IACHR checks situation of persons deprived of liberty in some jails in the Republic of Bolivia, à l'adresse <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/English/2006/48.06eng.htm> (consulté le 8 août 2009)

203 Entretien avec Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (ombudsman) au Bureau de l'ombudsman, La Paz, 30 mai 2007

204 Entretien avec Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (ombudsman) au Bureau de l'ombudsman, La Paz, 30 mai 2007

205 Ungar, Mark (2003) 'Prisons and Politics in Contemporary Latin America' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, p.915

Il est évident que la vie quotidienne dans une prison telle que San Pedro, qui abrite 1 500 détenus et n'a ni gardiens, ni espaces protégés pour les enfants, constitue une menace pour la vie et la survie. En 1996, un enfant a été violé et tué dans la prison, et bien qu'il n'y ait pas d'incidents connus depuis lors, le personnel pénitentiaire a remarqué que des cas de violence continuent à s'y produire. Pour tenter d'assurer le bien-être de l'enfant, une règle a été introduite pour que les pères viennent chercher leurs enfants à la porte de la prison après l'école. Mais la règle n'est pas appliquée et aucun contrôle n'a lieu une fois qu'un enfant est à l'intérieur de la prison.

La prison pour femmes d'Obrajes semble comporter moins de risques pour la vie et la survie des enfants. Elle ne souffre pas du même degré de surpopulation que San Pedro. En outre, des gardes de sécurité de sexe masculin et féminin travaillent dans l'enceinte de la prison. Le fait qu'il y ait moins de drogues dans la prison pour femmes et que, traditionnellement, les femmes commettent moins de délits graves que les hommes (habituellement non violents, liés à la drogue ou à la falsification de papiers), contribue également à un environnement plus sûr pour les enfants. A Obrajes, les contrôles sont mieux faits et la règle selon laquelle les enfants âgés de plus de six ans ne peuvent pas vivre dans la prison est appliquée pour l'essentiel. Actuellement à San Pedro, on supprime progressivement la présence d'enfants plus âgés dans la prison. Au moment où nous rédigeons ces lignes, il n'y aurait que deux enfants de plus de six ans vivant à Obrajes, tous deux pour des raisons médicales.

Au cours des deux dernières années, les soins médicaux pour les enfants ont été fournis essentiellement par une pédiatre bénévole qui visite les enfants dans toutes les prisons une fois par semaine. Les fournitures médicales sont limitées et les médecins dépendent souvent des ONG et de dons. En ce qui concerne les besoins nutritionnels et diététiques, il n'existe que peu de nourriture destinée aux enfants. Les repas sont préparés par les détenus, mais la pédiatre a constaté qu'elle devait souvent traiter des enfants souffrant de malnutrition. Une série de facteurs, dont la négligence de la part de la mère et une alimentation inadéquate fournie aux repas contribuent à la malnutrition.<sup>206</sup>

Tant Obrajes que San Pedro n'encouragent pas ni ne favorisent adéquatement le développement de l'enfant. Des travailleurs sociaux de prison ont remarqué, s'agissant du développement affectif et comportemental, que les enfants, impressionnables par nature, imitent le comportement asocial de leurs parents et des autres détenus.<sup>207</sup> Conformément à l'article 84 du Code des mineurs, les prisons doivent comporter au minimum une *guarderia* (crèche). Située au centre de San Pedro, la *guarderia* consiste en une pièce de dimensions moyennes (environ 9 x 8 mètres) avec trois employées. Près de 80 enfants y vont deux fois par jour. Lors de notre visite en 2007, de nouvelles installations étaient en construction. A Obrajes, les aménagements destinés aux enfants sont meilleurs, les enfants sont moins nombreux à la garderie et ils bénéficient de davantage d'attention. A San Pedro, la proportion est de 7 enfants pour un adulte alors qu'à Obrajes, elle est de 3 enfants pour un adulte. La pédiatre qui travaille dans la prison a remarqué que les enfants dorment avec leurs mères dans des dortoirs, ce qui implique que d'autres femmes peuvent prendre soin d'eux si leurs mères les négligent.<sup>208</sup> Toutefois, nous avons observé lors de notre visite que la plupart du temps, les enfants n'étaient pas stimulés et qu'ils jouaient seuls. Malgré des programmes éducatifs sporadiques offerts aux mères et aux enfants par des ONG et des organisations liées aux Eglises, il semblait qu'il y avait peu d'interaction éducative avec les enfants.

e. *Le droit à recevoir les soins de sa famille, à vivre en sa compagnie et à en être membre*

En reconnaissance de l'importance de maintenir les liens familiaux, les enfants de moins de six ans sont autorisés à résider en prison avec leurs parents. L'ombudsman considère qu'en principe, le fait de ne pas séparer l'enfant de ses parents relève de la bonne pratique lorsque les conditions conviennent pour que l'enfant vive en prison.<sup>209</sup>

206 Entretien avec la pédiatre, prison d'Obrajes, La Paz, 1er juin 2007

207 Entretien avec un travailleur social, prison de San Pedro La Paz, Bolivie, 1er juin 2007

208 Entretien avec la pédiatre, prison d'Obrajes, La Paz, Bolivie, 1er juin 2007

209 Entretien avec Carlos Barrientos Jimenez, Jefe de Gabinete (ombudsman), au Bureau de l'ombudsman, La Paz, Bolivie, 30 mai 2007

f. *Non-discrimination*

Le droit fondamental des enfants vivant dans les prisons de San Pedro et d'Obrajes à ne pas être victime de discrimination en raison des actes de leurs parents est violé. Seules trois écoles de la Paz acceptent les enfants qui vivent dans ces prisons. Tant l'ombudsman que le fonctionnaire chargé de la liaison entre la prison et l'école ont noté que souvent, les enfants craignent de dire où ils habitent. Tous deux ont admis qu'ils peuvent être l'objet de discrimination de la part des enseignants ainsi que des autres élèves et de leurs parents.<sup>210</sup> Il a aussi été observé que les enfants vivant en prison ne se mêlent pas aux autres à l'école et que leur comportement est différent.

g. *Protection*

Comme on l'a vu précédemment, le droit à la protection a été défini comme nécessité de protéger les enfants de diverses formes de sévices et de maltraitance. Il exige que tous les enfants soient protégés contre toutes les formes de violence physique ou mentale, de blessures ou de sévices, d'abandon ou de traitements négligents, de maltraitance ou d'exploitation. Un grand nombre des mesures prises pour faire en sorte qu'ils soient protégés demeurent lettre morte. Au cours d'une visite de prison, il est apparu que le degré de sécurité se détériorait considérablement pendant la nuit et que les enfants étaient alors soumis à de graves abus, y compris des cas de parents qui «louent» leurs enfants à des voisins. Outre l'exploitation sexuelle de ces enfants, et en violation de l'article 33 de la CDE,<sup>211</sup> les enfants sont utilisés comme «mules», et transportent de la drogue de la prison vers l'extérieur et inversement, sous les yeux les gardiens, souvent dans leur boîte à sandwichs ou cachée sur eux. La corruption qui prévaut parmi les gardiens de prison a été mentionnée comme une explication, du moins partielle, de ce phénomène, mais l'impact potentiellement négatif de la fouille au corps chaque fois qu'ils sortent de la prison ou y rentrent peut être néfaste pour les enfants.

h. *Donner les moyens de l'autonomie*

Le droit à être entendu et le droit à l'éducation ont été décrits comme les droits les plus importants pour l'accès à l'autonomie d'enfants vivant en prison avec leurs parents. La fréquentation de l'école et la participation à des programmes éducatifs peut souvent être en danger à cause de la crainte que les enfants éprouvent de faire l'objet de discrimination, de stigmatisation, de brimades et de l'isolement. Des travailleurs sociaux de prison ont aussi noté que l'influence de leur environnement, et notamment des parents et d'autres personnes détenues est nuisible à leur développement, car ces personnes ne favorisent pas activement l'éducation des enfants.

A propos de l'article 12 de la CDE, qui concerne le droit à être entendu et à exprimer son opinion dans les questions dans lesquelles les enfants sont impliqués, il semble que l'application de ce droit n'est que très superficielle. Pour ne pas avoir à vivre en prison, les enfants doivent présenter eux-mêmes une demande de prise en charge dans une famille d'accueil ou d'une solution de remplacement. On ne les consulte pas à la suite de l'emprisonnement de leur parent pour les informer de leurs droits et des options à leur disposition et on ne leur explique pas les solutions de remplacement qui existent pour eux.

i. *Réforme: le renforcement des organes de l'Etat*

La Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que, selon elle, «la situation des prisons boliviennes demande une réponse gouvernementale déterminée par le dialogue et la coordination entre les différents secteurs du gouvernement, avec une participation de la communauté au travers de ses diverses organisations et institutions. [La Commission] prie instamment les secteurs

210 Entretien avec le fonctionnaire chargé de la liaison entre la prison et l'école, prison de San Pedro, La Paz, Bolivie, 1er juin 2007

211 L'article 33 interdit l'utilisation d'enfants pour le trafic de drogue

exécutif, judiciaire et législatif du gouvernement de la République de Bolivie de promouvoir le dialogue et les discussions inter-agences visant à remédier à la situation des droits de l'homme.»<sup>212</sup>

Une faiblesse sous-jacente du système judiciaire est au centre des problèmes dont souffre le système carcéral de Bolivie. Renforcer et soutenir le système judiciaire est la clé des réformes. Une nouvelle formation des membres de l'appareil judiciaire sur les avantages des peines de substitution à l'emprisonnement, notamment les condamnations avec sursis et les libérations conditionnelles dans les cas de petite délinquance et de primo-délinquance seraient un pas important sur la voie de l'amélioration du système. Au Chili, des inculpations suspendues pour des primo-délinquants ont été introduites pour réduire la surpopulation dans l'hypothèse que si le délinquant récidive, ils seraient inculpés à double titre la fois suivante.<sup>213</sup>

Comme l'a souligné l'ombudsman en Bolivie, l'une des difficultés essentielles de la surpopulation carcérale et des cas qui ne sont pas jugés est le manque très critique d'avocats de la défense. La position de la défense juridique devrait être améliorée, le nombre de défenseurs publics accru et la qualité des services offerts améliorée par une formation. Plusieurs responsables du Bureau de l'ombudsman et l'ombudsman lui-même ont dit que c'est l'absence d'avocats de la défense qui explique le retard de l'engagement de poursuites. Dans sa recherche sur cette question, Mark Ungar soutient que «la pénurie d'avocats assurant la défense est une des raisons principales pour lesquelles on n'accorde pas de libération conditionnelle à de nombreux prisonniers qui y auraient droit».<sup>214</sup>

La réforme du code pénal, dans le cas de la Bolivie la réforme de la Loi 1008 qui est controversée, est nécessaire pour réduire le recours à la détention préventive et à d'autres violations des procédures en bonne et due forme afin, à long terme, de réduire la surpopulation carcérale. Une réforme des codes de procédure pénale a été mentionnée comme une mesure positive susceptible de remédier aux retards chroniques des affaires à juger.<sup>215</sup>

#### j. Réforme d'autres institutions

Le rôle du Bureau de l'ombudsman constitue une mesure positive pour mettre en lumière le déficit en matière de droits de l'homme. Le Bureau devrait être soutenu dans ses fonctions de surveillance et de dénonciation des violations des droits de l'homme, ainsi que dans son plaidoyer en faveur de ces droits et sa diffusion de l'information à tous les niveaux de la société. Au cours d'entretiens, il s'est avéré que le Bureau de l'ombudsman manque des capacités nécessaires pour traiter des cas individuels, même en tant qu'*amicus curiae* ou dans des affaires faisant jurisprudence, et cela semble être un empêchement considérable à la bonne exécution de son mandat.

En ce qui concerne les enfants vivant en prison avec leurs parents, l'ombudsman a pu jouer son rôle pour évaluer les intérêts supérieurs de l'enfant au cas par cas et pour prendre contact avec les enfants. En outre, le Bureau a pu sensibiliser les écoles au rôle important qu'elles jouent dans la vie des enfants et à la nécessité de combattre la discrimination. Ce point est particulièrement important car pour un grand nombre d'enfants vivant dans des prisons boliviennes, la journée qu'ils passent à l'école est souvent la seule vie qu'ils connaissent hors de l'enceinte de la prison. On ne saurait trop souligner l'importance de l'indépendance de l'ombudsman vis-à-vis des organes de l'Etat, nécessaire pour qu'il puisse remplir utilement son mandat qui est d'enquêter sur les violations des droits de l'homme.

Il faut aussi examiner le rôle que jouent les acteurs extérieurs. A cet égard, les pressions visant à prendre contre le narcotrafic des mesures qui ont eu des effets négatifs sur les prisons, en accroissant la grave surpopulation carcérale, constituent un problème particulier.

212 Inter-American Commission on Human Rights (2006) *Press Release No. 48/06: IACHR checks situation of persons deprived of liberty in some jails in the Republic of Bolivia*, à l'adresse <http://www.cidh.org/Comunicados/English/2006/48.06eng.htm> (consulté le 8 août 2009)

213 Ungar, Mark (2003) 'Prisons and Politics in Contemporary Latin America' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, p.917

214 Ungar, Mark (2003) 'Prisons and Politics in Contemporary Latin America' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, p.918

215 Ungar, Mark (2003) 'Prisons and Politics in Contemporary Latin America' in *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 4, p.920

#### k. *Soutenir les ONG et la société civile*

Enfin, il faut continuer à soutenir la société civile et les ONG. Dans beaucoup de cas, ce sont des bénévoles individuels, des ONG et des membres de diverses Eglises qui organisent des programmes et fournissent des services essentiels aux adultes et aux enfants à l'intérieur des prisons. Leur travail sensibilise à la détresse des enfants, atténue les effets néfastes de la prison et contribue aux réformes.

### 4.9 Recommandations générales à l'intention des pays en développement

Les défauts endémiques des politiques et des procédures, nourries par l'instabilité politique, le climat économique et la pauvreté généralisée aggravent les problèmes existant dans les prisons. Ces problèmes, que nous n'avons examinés que dans le cas de la Bolivie, sont récurrents dans les pays en développement. Dans le cas du Paraguay, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture a noté qu'un grand nombre des problèmes qu'il a observés dans les prisons ont leur source dans un manque d'argent et il a encouragé les donateurs internationaux à soutenir les sérieux efforts que fait le gouvernement pour améliorer les conditions de détention.<sup>216</sup> En ce qui concerne les enfants vivant dans les prisons de Thaïlande, le Comité des droits de l'enfant a instamment prié l'Etat de demander de l'aide, notamment auprès de l'UNICEF et d'autres organismes des Nations Unies, afin de parvenir à ce que les conditions de vie dans les prisons soient adéquates pour le développement de l'enfant.<sup>217</sup>

Les Etats devront s'efforcer de mettre en œuvre des réformes au sein des organes de l'Etat et des autres acteurs concernés. Ils devront chercher à faire sortir les enfants de ces prisons qui affectent négativement leur développement et entreprendre des réformes dans les prisons où résident des enfants. Celle d'Obrajes, par exemple, peut être adéquate à court terme pour un enfant si des réformes sont mises en place. Dans d'autres situations, l'Etat devrait offrir une prise en charge de remplacement, tout en veillant à ce que le contact entre l'enfant et son parent soit assuré au travers de visites régulières. Le Comité des droits de l'enfant a noté, dans ses Observations finales adressées au Cambodge: «Les travailleurs sociaux devront faciliter des visites régulières à la mère ou amener eux-mêmes les enfants en visite selon les règles de la prison, sans laisser l'enfant voir la vulgarité».<sup>218</sup>

### 4.10 Conclusion

En réfléchissant à une solution universelle d'un problème tel que l'emprisonnement d'un parent, il est évident que les défis et les obstacles auxquels les divers pays sont confrontés diffèrent considérablement. Chaque pays a des priorités différentes lorsqu'il travaille à réaliser les diverses catégories de droits de l'homme: *vie, survie, développement, appartenance, accès à l'autonomie et protection*. Dans le cas des enfants vivant dans des prisons boliviennes, il est évident que les droits à la protection, à la vie et à la survie requièrent une attention particulière.

Tant la Bolivie que les pays d'Europe, en tant que parties à la CDE, citent l'article 9 de la Convention, qui prévoit le droit de l'enfant à ne pas être séparé de sa famille et ils invoquent des arguments tirés de la théorie de l'attachement pour justifier le fait qu'ils gardent des enfants en prison avec leurs parents. En fait, nous suggérons, sur la base des recherches de Catan et d'autres auteurs,

216 United Nations (2006) Press release: *Special Rapporteur on Torture ends mission to Paraguay*, available at <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/509BA4239456B976C12572350077E647?opendocument> (consulté le 11 août 2009)

217 Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales: Thaïlande CRC/THA/CO/2, paragraphe 48, à l'adresse [http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC\\_C\\_THA\\_CO\\_2.pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC_C_THA_CO_2.pdf) (consulté le 20 mai 2007)

218 Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention, Convention relative aux droits de l'enfant: Rapports initiaux devant être présentés en 1994: Cambodge, CRC/11/Add.16, paragraphe 101

qu'il semble que si des installations adéquates sont en place, l'environnement carcéral pourrait ne pas causer autant de dégâts à long terme que de séparer la mère de l'enfant, si la séparation entraîne de multiples prises en charge et un manque de stabilité. L'arrêt momentané du développement provenant d'un manque de stimulation en prison peut être surmonté rapidement après la libération, ce qui dépend naturellement de la durée passée dans les installations de la prison et des soins que l'enfant recevra une fois qu'il quitte la prison.

Dans les pays en développement, il faut se concentrer davantage sur la réforme des institutions judiciaires, ainsi que sur la réduction de la surpopulation et l'amélioration des installations et des conditions de vie dans les prisons, en particulier en matière de sécurité, d'hygiène, d'alimentation et d'infrastructures.

En Europe, il est nécessaire de mieux étudier les solutions de substitution à l'incarcération, et, lorsqu'une peine privative de liberté est inévitable, de veiller à ce que les intérêts supérieurs de l'enfant, au sens global du terme, soient réellement une considération primordiale.

## 5 Pour conclure

La famille est la cellule fondamentale de la société et le point de départ pour la protection et l'éducation des enfants. Ce point de vue se reflète dans un certain nombre de traités et conventions internationales, régionales et nationales qui exigent que les États protègent la famille. Comme le remarque le *White Paper for Social Welfare and Population Development* (livre blanc sur le bien-être social et le développement de la population) publié par le Ministère du bien-être et du développement de la population en Afrique du Sud, «le bien-être des enfants dépend de la capacité des familles de fonctionner efficacement; parce que les enfants sont vulnérables, ils ont besoin de grandir dans une famille attentionnée et offrant la sécurité, capable d'assurer leur survie, leur développement, leur protection et leur participation à la vie familiale et sociale. Les familles donnent non seulement à leurs membres un sentiment d'appartenance, mais elles sont aussi responsables de transmettre des valeurs et des aptitudes à fonctionner dans la société. Les familles créent la sécurité; elles posent les limites du comportement et, par le fondement spirituel qu'elles offrent, elles instillent des notions de discipline. Tous ces facteurs sont essentiels pour un développement sain de la famille et de toute la société.»<sup>219</sup> Le rôle de la famille est entravé lorsque l'État, au nom des intérêts de l'ensemble de la société, emprisonne l'un des parents.

Malheureusement, à ce jour, il a manqué de recherches effectuées sur les effets de l'emprisonnement sur les droits de l'enfant. Tout d'abord, les systèmes pénaux du monde entier doivent mieux réfléchir à l'usage et au but des prisons. Promouvoir la réinsertion plutôt que la rétribution constituerait un véritable pas en direction de l'humanisation du système de la justice pénale<sup>220</sup> et de la lutte contre la récidive. La réinsertion ne devrait pas être un simple exercice de rhétorique dans les prétoires, mais réellement informer la politique des condamnations. Sans réinsertion, les prisons ne servent aucun des intérêts bénéfiques pour la société que ses défenseurs invoquent si souvent. Si les enfants ne doivent évidemment pas être utilisés comme gages ou comme «billets de sortie de prison», leur opinion devrait être entendue et leurs intérêts pris en considération. Comme l'a noté le juge Sachs: «Le but, qui consiste à insister sur le devoir de reconnaître les droits des enfants, et qui incombe à la Cour qui condamne, n'est pas de permettre à des parents dévoyés d'éviter de façon déraisonnable un châtement approprié. Au contraire, il s'agit de protéger les enfants innocents d'un mal évitable, autant que cela est raisonnablement possible dans les circonstances données.»<sup>221</sup>

Lorsqu'il s'agit de condamner, les intérêts supérieurs de l'enfant doivent être pris en considération et il faudrait trouver des approches plus imaginatives de la justice, proches de la communauté et dans la perspective de la justice restauratrice et y recourir au lieu d'imposer des peines de prison. Lorsque ces solutions de remplacement ne sont pas possibles, si l'intérêt supérieur de l'enfant exige des contacts réguliers avec les parents, tout doit être fait pour faciliter ces contacts, conformément à l'article 9 de la CDE. Ces contacts doivent être ménagés d'une manière qui convient à l'enfant et le met au centre des préoccupations, en ayant conscience des effets et des risques possibles pour tous les droits de l'enfant, en particulier le droit de l'enfant au développement.

Les pays en développement sont confrontés aux mêmes problèmes que les pays développés, mais les obstacles qu'ils doivent surmonter sont plus grands. Ils doivent affronter les causes profondes, se préoccuper du système judiciaire surchargé qui perpétue les violations des droits de l'homme et les droits fondamentaux des détenus et de leurs familles doivent être garantis.

219 Ministry for Welfare and Population Development (1997) *White Paper for Social Welfare: Principles, Guidelines, Recommendations, Proposed Policies and Programmes for Developmental Social Welfare in South Africa*

220 Langa J, in *S v Williams and Others* 1995 (3) SA 632 (CC); 1995 (7) BCLR 861 (CC), at para.67-8, renvoie aux formes alternatives de punition telle la supervision correctionnelle faisant l'objet d'une législation comme «une étape importante dans le processus d'humanisation du système de justice pénale».

221 *S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 September 2007), at para.35

En appliquant le principe des intérêts supérieurs, les tribunaux opèrent un acte d'équilibrisme, lorsqu'il s'agit de mettre les droits et intérêts contradictoires des enfants de délinquants en regard de ceux de l'ensemble de la société. Toutefois, nous suggérons qu'en prenant en considération l'intérêt de l'enfant et en promouvant et réalisant ses droits, nous servons aussi l'intérêt supérieur de la société. Comme on l'a vu, appliquer le principe de l'intérêt supérieur peut réduire le risque de voir la délinquance se transmettre de génération en génération.<sup>222</sup> Sur un plan plus fondamental, si la condamnation judiciaire étend ses effets au-delà de ceux à qui elle est destinée, l'administration de la justice est compromise. Comme le note Shaw, «le système de la justice passe pour opérer selon les principes du bien et du mal, l'acquittement de l'innocent et la punition du coupable. Quand des enfants sont pris dans l'orbite de la punition infligée à leur père, ce concept de «justice» devient confus ... Un grand nombre [de ces enfants] ont été faits *orphelins de justice*.»<sup>223</sup>

---

222 Murray, Joseph (2005) 'The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners' in A. Liebling & S. Maruna (eds.) *The Effects of Imprisonment* (Cullompton, Devon, England:Willan), p.441

223 Shaw, Roger (1992) 'Fathers and the orphans of justice' in Shaw, Roger (ed.) *Prisoners' Children:What are the Issues?* (London: Routledge), p.48



## Bureau Quaker auprès des Nations Unies:

A Genève:  
13 Avenue du Mervelet  
1209 Genève  
Suisse

Tel: +41 22 748 4800  
Fax: +41 22 748 4819  
quno@quno.ch

A New York:  
777 UN Plaza  
New York, NY 10017  
USA

Tel: +1 212 682 2745  
Fax: +1 212 983 0034  
quony@afsc.org

## Orphelins de justice: Analyse juridique

Il existe un ensemble croissant de recherches sur l'impact de l'emprisonnement d'un parent sur les enfants. Mais comment cela affecte-t-il les décisions des tribunaux et dans quelle mesure les juges utilisent-ils la compréhension croissante de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'interprétation des normes internationales garantissant leurs droits? Cette étude traite la question dans une perspective globale et analyse le droit jurisprudentiel et sa pratique dans le monde entier.



*Jeune fille soumise à une fouille en rentrant de l'école à la prison de San Pedro où elle habite, La Paz, Bolivie.*

