



Se rappeler que l'enfant existe

D'une justice « oublieuse des enfants » à une justice soucieuse des enfants quand un parent passe en jugement

*Children of Prisoners Europe
2019*



Children of Prisoners Europe (COPE) est un réseau paneuropéen d'organisations à but non lucratif qui œuvre en faveur des enfants séparés d'un parent par la prison. Le réseau encourage des pratiques et des perspectives innovantes qui visent à faire pleinement respecter les droits des enfants de détenus, en vertu de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à promouvoir des mesures qui assureront leur bien-être et leur bon développement.

Children of Prisoners Europe est une organisation à but non lucratif enregistrée en France en tant qu'association loi 1901.

SIRET: 437 527 013 00019

Cette boîte à outils a été rédigée par Noah Boden avec des contributions de Danielle Bart, Esq., Heleen Lauwereys, LL.M. et Dr Shona Minson. Nous tenons à remercier chaleureusement Liz Ayre, Danielle Bart et Kate Philbrick, OBE, pour leurs précieux renseignements et leurs conseils rédactionnels. Traduit de l'Anglais au Français par Catherine Ianco.

© Children of Prisoners Europe 2019. Tous droits réservés.



Cette boîte à outils a été produite avec le soutien financier du programme Droits, égalité et citoyenneté de l'Union européenne. Son contenu relève de la seule responsabilité de Children of Prisoners Europe et ne peut en aucun cas être considéré comme reflétant le point de vue de la Commission européenne.

Avant-propos

Tous les enfants ont leur dignité. Si l'enfant doit être constitutionnellement imaginé comme un individu doté d'une personnalité distincte, et pas seulement comme un adulte miniature attendant d'atteindre son plein développement, il ne peut être traité comme une simple extension de ses parents, nécessairement destinée à surnager ou à couler avec eux.

—Juge Albie Sachs, Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud

Pourquoi une action fondée sur ces principes et ces considérations fait-elle défaut pour les enfants de prévenus séparés de leurs parents ?

Résumé

Children of Prisoners Europe (COPE) se consacre au plaidoyer pour la protection des droits des enfants ayant un parent emprisonné en Europe (soit chaque jour donné quelque 2,1 millions d'enfants dans les pays du Conseil de l'Europe, et environ 800000 dans l'Europe des 27 + UK). La position que nous défendons — *qu'à chaque enfant soient garantis un traitement juste et impartial, la protection de ses droits et l'égalité des chances, quel que soit son héritage social, économique ou culturel* – implique que *chacun de ces jeunes, individuellement, doit pouvoir bénéficier de ces droits.*

Cette boîte à outils peut être comprise comme la mise en œuvre de cette notion dans le domaine de la Justice — à savoir qu'il faudrait garder à l'esprit que chaque enfant est un individu à part entière quand on juge un parent en conflit avec la loi. Pour cette brochure, nous nous sommes appuyés sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989 (CIDE), en particulier l'article stipulant que l'intérêt supérieur de l'enfant d'un prévenu doit être « Dans toutes les décisions concernant les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou des institutions privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »¹. La récente recommandation du Conseil de l'Europe de 2018 concernant les enfants de détenus² réaffirme cette obligation de façon plus détaillée et souligne qu'envisager des alternatives à l'emprisonnement est nécessaire pour préserver leur intérêt supérieur.

Nous espérons que cette publication fournira outils et points de vue afin que la « justice qui ne voit pas les enfants »³ devienne une justice soucieuse des enfants dans les tribunaux d'Europe et d'ailleurs, en particulier dans cette période où la conscience des conséquences sur ces jeunes quand la personne qui s'occupe d'eux est condamnée atteint une masse critique dans certains contextes européens.

¹ Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989 (CIDE), Article 3.1.

² Recommandation CM / Rec (2018) 5 du Comité des ministres aux États membres concernant les enfants de détenus, adoptée par le Comité des Ministres le 4 avril 2018 lors de la 1312^e réunion des Délégués des Ministres.

³ L'expression « child-blind justice » a été utilisée pour la première fois par Adele Jones dans un article du même titre, présenté à la conférence de l'International Coalition for the Children of Incarcerated Parents (INCCIP) à Rotorua, Nouvelle-Zélande, en mars 2017.

Une brève observation d'ordre linguistique : dans cette boîte à outils, les termes « emprisonnement », « détention », « incarcération », font référence à tous les types de détention associés au système de justice pénale, de la détention en garde à vue à la détention provisoire et à la détention pendant le procès, en passant par les peines effectuées dans les différents types de structures pénitentiaires existants. Pour des définitions plus détaillées, voir l'annexe I.

Table des matières

Chapitre 1.	A propos de cette boîte à outils.....	8
1.1	L'importance de la réforme de la détermination de la peine pour les enfants de détenus	9
1.2	A qui est destinée cette boîte à outils ?.....	12
1.3	Objectifs et principes de base	13
Chapitre 2.	L'intérêt supérieur de l'enfant et le processus judiciaire.....	15
2.1	L'affaire S v M, Afrique du Sud : contexte	16
2.2	Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant	16
2.3	La signification de S v M pour les droits de l'enfant.....	18
Chapitre 3.	Dialoguer avec les acteurs de la Justice	21
3.1	Avant-propos au chapitre	22
3.2	Shona Minson : <i>Dialoguer avec les acteurs de la Justice</i>	22
3.3	Heleen Lauwereys : <i>Le pouvoir discrétionnaire du judiciaire et le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la législation et la pratique belges en matière de détermination de la peine</i>	26
3.4	Sur les approches contradictoires de la justice pénale et la protection des droits des enfants.....	30
Chapitre 4.	Considérations essentielles sur le jugement.....	33
4.1	Qu'est-ce qu'un « parent » ?	34
4.2	Détention avant le prononcé de la peine	35
4.3	Les peines de durée indéterminée et le pouvoir discrétionnaire du judiciaire	37
4.4	Evaluer l'intérêt supérieur de l'enfant.....	39
Annexes	42
	Annexe I. Termes et définitions importants.....	43

Annexe II. Normes pour la protection des droits de l'enfant	46
Annexe III. Bibliographie.....	56

Chapitre 1
A propos de cette boîte à outils



1.1 Les enfants de détenus et la détermination de la peine

C'est le souci du bien-être fondamental des enfants qui justifie d'étudier, de toute urgence, la manière dont les délinquants chargés de famille sont condamnés dans le cadre du système de justice pénale européen. Les psychologues spécialisés, les travailleurs sociaux, les chercheurs et les autres professionnels de la protection de l'enfance s'entendent à dire que l'emprisonnement d'un parent peut avoir des conséquences néfastes à long terme sur la vie des enfants lorsqu'ils ne sont pas soutenus, et conviennent que des mesures raisonnables sont nécessaires pour atténuer les effets de la séparation enfant-parent. Dans ce contexte, la détermination de la peine constitue un moment essentiel dans le processus de justice pénale pour agir sur l'avenir de l'enfant dont le parent est en conflit avec la loi. Des mesures devraient être prises, non seulement pour qu'il soit tenu compte de l'enfant lorsque la peine est décidée, mais aussi pour placer son intérêt supérieur au centre de la procédure judiciaire, et, quand la prison est la seule alternative, pour élaborer des peines qui auront sur lui le moins d'impact possible.

Dès l'arrestation d'un parent, les enfants sont affectés par le processus de justice pénale, susceptibles de souffrir d'isolement social, de stigmatisation et de honte, de pauvreté et de violences - sans parler de la séparation qu'ils subissent, car la plupart pleurent l'absence de leur parent. Sans un soutien adéquat, cet éloignement peut avoir tout une série d'effets néfastes allant des angoisses de séparation, d'un sentiment d'abandon et de l'intériorisation de la stigmatisation à ce que l'on qualifie de « détresse », « perturbation », « privation » et « conséquences sur le développement »⁴. Une autre étude a conduit à inclure l'emprisonnement parental dans la liste des dix expériences négatives de l'enfance (ACE) pouvant avoir un impact négatif sur les enfants, qui comprennent aussi la violence physique, émotionnelle et sexuelle, la négligence physique et émotionnelle, la maladie mentale, la violence envers la mère, le divorce et la toxicomanie⁵. Le projet COPING, financé par l'UE⁶, a conclu que le risque de problèmes de santé mentale est de 25 à 50% plus élevé pour les enfants de détenus que pour les enfants de la population générale, en particulier parmi les plus de onze ans. Ce projet a aussi clairement démontré que la préservation des relations familiales grâce à différents facteurs —une communication honnête entre les enfants et leurs *caregivers*, (les personnes chargées de s'occuper d'eux), le maintien des relations avec les

⁴ Millar, H. and Dandurand, Y. (2018), 'The Best Interests of the Child and the Sentencing of Offenders with Parental Responsibilities', *Criminal Law Forum* 29, 232.

⁵ Felitti, V.J. et al. (1998), 'Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study', *American Journal of Preventive Medicine* 14(4), 245-258.

⁶ *Children of Prisoners: Interventions and mitigations to strengthen mental health* [COPING Project] (2013), eds. Jones, A. D. and Wainaina-Woźna, A. E., University of Huddersfield, UK.

parents emprisonnés et l'appui de la famille élargie — étaient fondamentaux pour atténuer ces dangers et favoriser la résilience, de même qu'un certain nombre de stratégies d'adaptation pouvant servir de base à un meilleur soutien de ces jeunes.

Les scientifiques savent maintenant qu'un stress chronique, constant, dans la petite enfance, causé par exemple par une séparation brutale d'avec les caregivers, une pauvreté extrême ou une dépression parentale, peut se révéler toxique pour le cerveau en développement, de même qu'être témoin de violences modifie l'architecture du cerveau. Les parents font généralement tampon vis-à-vis de ce stress et l'attribution est centrée sur le développement de l'enfant.
—Ann Adalist-Estrin⁷

Pourquoi la prison nie-t-elle publiquement l'importance du parent pour l'enfant ? S'il fait tampon contre le stress toxique, ne faudrait-il pas protéger au maximum le lien enfant-parent ? Parce que je me sens coupable d'avoir besoin de mon père, alors que tout le monde dit que je suis mieux sans lui, et que cette espèce de conflit de loyauté me tue à l'intérieur.

—E., 19 ans⁸

⁷ Adalist-Estrin, A., 'The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems', conférence au Pennsylvania Children's Roundtable Summit, avril 2015, Seven Springs, USA.

⁸ *Children of Incarcerated Parents Discussion at the White House* (8 octobre 2014), remarques d'Ann Adalist-Estrin.

On ne peut discuter de la condamnation d'un parent sans mentionner le taux croissant d'emprisonnement chez les femmes. Selon le World Prison Brief, le nombre de femmes et de jeunes filles en détention provisoire ou purgeant une peine de prison a augmenté d'environ 53% depuis 2000 (chiffre de 2017), une progression qui ne peut simplement s'expliquer par l'augmentation de la population mondiale ⁹. Les femmes sont plus susceptibles d'être emprisonnées pour des infractions non violentes et ont tendance à suivre un « itinéraire commun vers la criminalité » ¹⁰ via les abus, les traumatismes, les problèmes de santé mentale et la pauvreté qui, ajoutés à l'incarcération, accroissent leur vulnérabilité globale ¹¹. Les femmes sont également plus susceptibles de s'occuper seules ou à titre principal des jeunes enfants, et aussi d'être incarcérées plus loin de leur domicile. En effet la population carcérale féminine est proportionnellement plus réduite et dispose donc de moins de centres de détention ¹². Ces considérations mises bout à bout ont pour corollaire une augmentation du nombre d'enfants affectés par l'incarcération de leur maman, ce qui accentue l'urgence de solutions en matière de condamnation des mères. La Rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la violence est allée jusqu'à publier un rapport déclarant que « développer des peines alternatives sexospécifiques et reconnaître les antécédents de victimisation des femmes est crucial lors de la prise de décisions concernant l'incarcération » ¹³.

Pourtant, la condamnation d'un parent est en même temps un moment singulièrement complexe pour le juge, qui doit tenir compte de nombreux facteurs, parmi lesquels la gravité de l'infraction et la sécurité du public. La mise en balance des droits de l'enfant avec les conséquences de l'infraction — un « exercice d'équilibre » ¹⁴, selon un juge — est au cœur de la question de la condamnation parentale. Des juges, hommes politiques et défenseurs des enfants se font un devoir d'assurer au public que tenir compte du droit de l'enfant à rester en contact avec ses parents n'implique pas un affaiblissement des lois, n'équivaut pas à une « forme d'impunité ». Comme l'a écrit le juge Albie Sachs d'Afrique du Sud dans son jugement de 2007 sur l'affaire, historique, de S contre M :

⁹ Walmsley, R. (2017), 'World Female Imprisonment List: Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners' (fourth edition), World Prison Brief and Institute for Criminal Policy Research, 2.

¹⁰ Millar and Dandurand (2018), 235 ; voir aussi Children of Prisoners Europe (2018), 'Establishing Baselines: Data collection towards better safeguarding children with a parent in prison', Montrouge, FR, 12.

¹¹ Baldwin, L. (2015), 'Mothering from Prison: Understanding mothers and grandmothers, a prison perspective', in *Mothering Justice: Working with mothers in criminal and social justice settings*, ed. Baldwin, L. Waterside Press: Sherfield on Loddon, UK.

¹² Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), 235.

¹³ In ter Vrugt, P. (2018), 'Innocent, forgotten and punished: Rights of children of imprisoned mothers in the Netherlands' (Master thesis, Maastricht University, dept. of Criminal Law and Criminology), 52.

¹⁴ *R (on the application of P and Q) v Secretary of State for the Home Department* (EWCA Civ 1151, 2001) in Epstein, R. (2014), 'Mothers in prison: The sentencing of mothers and the rights of the child', Howard League What is Justice? Working Paper 3, Howard League for Penal Reform, UK, 6.

Insister sur le devoir qu'a le tribunal de reconnaître l'intérêt des enfants [...] n'a pas pour but d'offrir déraisonnablement aux parents dévoyés la possibilité d'échapper à une sanction appropriée. Il s'agit plutôt de protéger les enfants innocents, autant qu'il est raisonnablement possible dans ces circonstances, d'un préjudice évitable »¹⁵.

Au cœur de « l'exercice d'équilibre » que représente cette condamnation se trouve un sujet névralgique, non seulement au niveau judiciaire, mais aussi pour les politiciens, les législateurs, les praticiens des services pénitentiaires et sociaux et les personnes militant en faveur des enfants de détenus. Il s'agit de l'examen et du traitement à deux vitesses des affaires de justice pénale et des affaires civiles, et des procédures et des codes différents qui y sont appliqués. Cette différence peut se constater dans les affaires de divorce et les batailles pour la garde des enfants devant des tribunaux civils, « qui règlent la séparation forcée entre parents et enfants après un long procès, accompagné d'un examen détaillé des preuves fournies par la protection de l'enfance et les parents », et qui souvent donnent aux enfants un espace pour exprimer leurs opinions, leurs désirs et leurs besoins ¹⁶. Ce deux poids, deux mesures ouvre sur deux questions fondamentales : pourquoi les enfants de détenus sont-ils traités autrement que ceux séparés d'un parent à la suite d'un divorce ? Cette différence de traitement représente-t-elle « une discrimination ou une sanction » ¹⁷?

1.2 A qui est destinée cette boîte à outils ?

La conscience qu'il faudrait s'axer sur l'impact de la peine sur les enfants lorsqu'on incarcère la personne qui s'occupe d'eux à titre principal atteint une masse critique dans certains contextes européens - en particulier au Royaume-Uni, grâce entre autres à l'expertise et au travail de plaidoyer de Shona Minson. COPE a imaginé cette boîte à outils en réponse à cette sensibilisation croissante, et afin de fournir aux praticiens, aux acteurs du monde judiciaire et aux défenseurs

¹⁵ *S v M* § 35

¹⁶ Reed, C., (2014), 'Children of prisoners: 'Orphans of justice'?' *Family Law*, 69 dans Donson, F., & Parkes A. (2016), 'Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective', *Probation Journal*, 63(3), 11; voir aussi Millar, H., & Dandurand, Y. (2018), 234.

¹⁷ L'expression « discrimination ou sanction » provient de l'article 2 de la CIDE. La question ci-dessus, et sa pertinence par rapport à l'article 2, est au cœur du récent livre de Shona Minson, *Maternal Sentencing and the Rights of the Child* (en cours de publication). Palgrave Socio-Legal Studies.

des droits de l'enfant de multiples points d'entrée pour comprendre le processus de détermination de la peine et influencer sur lui.

Plus précisément, cette boîte à outils est destinée aux...

- défenseurs et praticiens non gouvernementaux des droits de l'enfant
- défenseurs d'une réforme des peines relevant de l'État
- acteurs du monde judiciaire: juges, magistrats, avocats, procureurs....

Vous trouverez dans cette boîte à outils des informations sur les sujets suivants :

- I. L'importance d'une réforme de la détermination de la peine pour les enfants de détenus, page 8.
- II. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le processus de détermination de la peine, page 15.
- III. Dialoguer avec des acteurs du monde judiciaire, page 21.
- IV. Considérations sur la détermination de la peine, page 33.
- V. Normes pour la réforme de la détermination de la peine, Annexe II.

1.3 Objectifs et principes de base

Objectifs :

1. Inciter les décideurs à éliminer les pratiques de la « justice qui ne voit pas les enfants »¹⁸, où le préjudice qui peut être infligé à un enfant par des décisions judiciaires et pénales n'est ni prévu, ni reconnu, ni réparé par le système ;
2. Sensibiliser les praticiens et le monde judiciaire à l'importance de l'intérêt supérieur de l'enfant quand ce dernier est concerné par une procédure de détermination de la peine ; faire connaître les principes directeurs des droits de l'enfant et les précédents judiciaires en sa faveur au niveau international ;
3. Fournir aux défenseurs des enfants de détenus des perspectives critiques pour bien « cadrer » la problématique de la détermination de la peine, ainsi que des conseils et des outils pour approcher les juges et collaborer avec eux ;
4. Créer des procédures juridiques plus adaptées aux enfants, conformes aux directives relatives aux droits de l'enfant et s'appuyant sur les principes et bonnes pratiques, y

¹⁸ Jones, A., 'Child Blind Justice', article présenté à la conférence de l'INCCIP, Rotorua, Nouvelle Zélande, mars 2017.

compris énoncés dans la jurisprudence ; travailler à la mise en œuvre de programmes ciblés et de soutiens pertinents pour les enfants de détenus grâce à une collaboration multisectorielle ¹⁹.

Principes de base ²⁰:

1. Chaque enfant devrait se voir garantir la protection de ses droits, l'égalité des chances et un traitement équitable et impartial, indépendamment de son héritage social, économique et culturel et du statut de ses parents ²¹.
2. Les enfants de détenus ne doivent pas être traités comme un groupe homogène ²² ; chacun réagit à sa façon à la séparation d'avec un parent en conflit avec la loi.
3. Les enfants de détenus, ainsi que leurs *caregivers* et leurs parents actuellement ou autrefois incarcérés devraient jouer un rôle central dans l'identification des problèmes ²³ de toutes natures que ces enfants peuvent rencontrer et dans la conception de leurs solutions ; la collaboration entre toutes les parties prenantes est essentielle au progrès multisectoriel de la protection des droits des enfants.

¹⁹ Adalist-Estrin, A., 'The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems', 2015.

²⁰ Les principes de base décrits ici sont inspirés par et incluent les principes directeurs proposés par Ann Adalist-Estrin (note en bas de page) dans une présentation intitulée "The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems", Pennsylvania Children's Roundtable Summit, avril 2015. Mme Adalist-Estrin est directrice du National Resource Center on Children and Families of the Incarcerated (États-Unis), professeur au département de sociologie, d'anthropologie et de justice pénale de l'Université Rutgers et auteur du livre *The Impact of Parental Incarceration on Children in the Child Welfare System Curriculum*.

²¹ Ce principe a aussi été adopté par Children of Prisoners Europe (COPE).

²² Adalist-Estrin, A. 'The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems', 2015.

²³ Ibid.

Chapitre 2
L'intérêt supérieur de l'enfant et le processus judiciaire



2.1 L'affaire *S v M*, Afrique du Sud : contexte

La plus célèbre affaire judiciaire qui ait porté les droits des enfants sur le devant de la scène, et la plus importante, est peut-être l'affaire *S v M*²⁴, jugée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud en 2007. Une mère célibataire élevant trois enfants avait été reconnue coupable de multiples faits de fraude, sanctionnés par une peine pouvant aller jusqu'à quatre ans d'emprisonnement avant une mise en liberté sous surveillance. Le juge Albie Sachs a annulé ce jugement au motif qu'une considération insuffisante avait été accordée à son rôle de responsable de ses enfants à titre principal. Invoquant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, le tribunal a établi qu'il était important de s'axer sur les droits des enfants – *en tant que tels*, et indépendamment des actes de leurs parents – plutôt que de les considérer comme des intérêts tiers ou comme un élément de la « situation personnelle du criminel »²⁵ dans la procédure judiciaire.

Le droit sud-africain fonctionne sur la base du précédent établi dans l'affaire *S v Zinn* (1969) qui, en matière de détermination de la peine, a émis une formule fondée sur une « triade constituée du crime, du délinquant et des intérêts de la société »²⁶ — ce que l'on peut comprendre comme une extension logique des quatre objectifs généralement acceptés du droit pénal : sanction, neutralisation, dissuasion et réadaptation²⁷. Conformément à ce modèle, la prévenue, M, a été reconnue coupable par le tribunal régional et condamnée en appel par le tribunal de grande instance, ce qui a conduit à son emprisonnement pour une période de huit mois avant que son recours ne soit reçu par la Cour constitutionnelle. Selon *l'amicus curiae* nommé par la Cour constitutionnelle, le tribunal régional, de même que le tribunal de grande instance, n'avait accordé « que peu d'attention » au fait que la prévenue était la principale responsable de plusieurs jeunes enfants²⁸.

2.2 Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

La prise en compte par la Cour constitutionnelle des conséquences de l'emprisonnement parental sur les enfants a été un tournant décisif pour l'inclusion du « langage » des droits de l'enfant dans

²⁴ *S v M* 2008 (3) SA 232 (CC).

²⁵ *S v M* § 29

²⁶ *S v Zinn* 1969 (2) SA 537 (A) § 540G-H.

²⁷ *S v M* § 10 ; voir aussi Kadish, S.H. et al. (2012), *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials* (9th ed.) et Campbell, A.W. (2012), *Laws of Sentencing*, § 2:1 in Lerer, T. (2013), 'Sentencing the Family: Recognizing the Needs of Dependent Children in the Administration of the Criminal Justice System', *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 9(1), 27

²⁸ *S v M* § 98.

la formule triadique de la détermination de la peine en Afrique du Sud — autrement dit, pour l'inclusion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel a éclairé la décision de la cour dans *S v M*. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant — ce que la CIDE appelle une « règle de procédure », un principe juridique aussi bien qu'un « droit fondamental, auto-exécutoire [qui] peut être invoqué devant un tribunal »²⁹ — est une norme juridique largement acceptée et débattue. Enchâssé en tant que droit dans l'article 3.1 de la CIDE (1989), ce principe énonce :

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

L'une des grandes caractéristiques du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant — et l'aspect qui peut faire de son application devant les tribunaux un véritable casse-tête — est sa double nature à la fois indéterminée (l'intérêt supérieur de chaque enfant est subjectif) et non discrétionnaire (comme indiqué dans la CIDE, « l'intérêt supérieur de l'enfant *doit* être une considération primordiale »)³⁰. Ainsi, si le principe de l'intérêt supérieur est et doit être appliqué en fonction de chaque enfant, son indétermination contribue au fait qu'il peut être manipulé³¹ ou carrément ignoré. Malgré cette complexité, ce principe peut jouer un rôle direct dans l'élaboration de codes juridiques déterminant les décisions pénales, en particulier dans ce que le Conseil de l'Europe a appelé les « règles déontologiques, éthiques et procédurales » relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant³².

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant apparaît dans des termes presque identiques dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990) (voir Annexe II), ainsi que dans la Constitution de la République d'Afrique du Sud (1996), où « l'intérêt supérieur de l'enfant est d'une importance *prépondérante* dans toutes les questions concernant l'enfant » (28 [2], italiques ajoutés). Il faut noter que cette notion de prépondérance, introduite dans le Children Act du

²⁹ Cardona Llorens, J., 'Presentation of General Comment No. 14: strengths and limitations, points of consensus and dissent emerging in its drafting' in Council of Europe, *The best interests of the child: A dialogue between theory and practice*, Milka Sormunen, M. ed. (2016), 17.

³⁰ *Ibid.*, 12.

³¹ Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies Commentaire général no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération en premier (art. 3, par. 1) [29 mai 2013, CRC/C/GC/14], par. 34. a noté que l'indétermination du principe de l'intérêt supérieur « peut aussi laisser place à la manipulation; le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant a été bafoué par les gouvernements et d'autres autorités de l'État pour justifier des politiques racistes, par exemple, par les parents pour défendre leurs propres intérêts dans les différends en matière de garde; par des professionnels qui ne peuvent être dérangés et qui rejettent l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant non pertinente ou sans importance ».

³² Council of Europe, *The best interests of the child: A dialogue between theory and practice*, 5.

Royaume-Uni de 1989 sous le nom de « principe de prépondérance »³³, est devenue un point de considération dans l'arrêt du juge Sachs dans l'affaire *S v M* ; le magistrat y qualifiait ce terme de « prépondérance » de plus « catégorique » et « notablement plus fort » que ceux employés par la CIDE lorsqu'elle invite à voir l'intérêt supérieur de l'enfant comme « une considération primordiale »³⁴.

2.3 La signification de *S v M* pour les droits de l'enfant

L'importance de l'arrêt *S v M* pour la détermination de la peine en Afrique du Sud tient à l'incorporation de cette terminologie — à l'idée que l'intérêt supérieur de l'enfant « devrait devenir une préoccupation habituelle de tous les tribunaux »³⁵. Le juge Sachs, donnant des directives pour l'avenir, a estimé que, quand des enfants sont concernés par un procès, le tribunal devrait :

1. déterminer si le prévenu est la personne responsable des enfants à titre principal ;
2. utiliser les moyens dont dispose le tribunal (interrogatoire direct du prévenu, preuves fournies par le ministère public, etc.) pour comprendre le statut parental du prévenu et les conséquences de l'emprisonnement sur l'enfant ;
3. veiller à ce que l'enfant bénéficie d'une prise en charge adéquate lorsqu'une affaire nécessite clairement une peine privative de liberté selon la triade de Zinn ;
4. déterminer une peine appropriée si la peine est clairement non privative de liberté ;
5. considérer l'importance prépondérante de l'intérêt supérieur de l'enfant si différentes condamnations sont appropriées selon la triade de Zinn³⁶.

Le tribunal a en outre estimé que l'échec des tribunaux régionaux et de grande instance à évaluer correctement l'intérêt supérieur de l'enfant (selon le juge Sachs, les tribunaux chargés de déterminer la peine dans *S v M* « se sont égarés en ne prêtant pas assez attention aux exigences constitutionnelles »)³⁷ justifiait d'interjeter appel de la sentence initiale, comme M l'a fait à deux reprises avant que son affaire ne soit portée devant la Cour constitutionnelle. Brett³⁸ observe que

³³ Aussi appelé « welfare principle », l'article 1 (1) du UK Children Act 1989 stipule : « Lorsqu'un tribunal se prononce sur une question concernant a) l'éducation d'un enfant; ou b) l'administration des biens d'un enfant ou l'application de tout revenu en découlant, le bien-être de l'enfant sera la considération primordiale du tribunal ».

³⁴ *S v M* § 25.

³⁵ *Ibid.*, § 33.

³⁶ *Ibid.*, § 36; voir aussi Donson, F. and Parkes, A. (2016), 6-7.

³⁷ *S v M* § 48.

³⁸ Brett, R. (2018). 'Best Interests of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice'. Self-published.

cette disposition encourage des évaluations approfondies de l'intérêt supérieur de l'enfant par les procureurs et les tribunaux et incite les juges non seulement à tenir compte de ces informations, mais aussi à les enregistrer comme ayant été prises en considération.

Enfin, étant donné que M avait déjà partiellement purgé sa peine de prison initiale et « qu'une nouvelle peine d'emprisonnement imposerait selon toute probabilité plus de pression que la famille ne pourrait en supporter, avec des conséquences potentiellement dévastatrices pour les enfants »³⁹, le jugement majoritaire a commué la condamnation de la prévenue à une peine d'emprisonnement supplémentaire en peine non privative de liberté, soumise à surveillance et incluant des travaux d'intérêt général. S'y ajoutait — clin d'œil aux théories de la justice réparatrice — le remboursement en mains propres de l'argent gagné frauduleusement. Enfin, le jugement du juge Sachs faisait écho à l'idée de compromis implicite dans l'expression « exercice d'équilibre » :

Aucune injonction constitutionnelle ne peut en soi préserver les enfants des chocs et des dangers d'un environnement familial et local difficile. Ce que la loi peut faire, en revanche, c'est créer les conditions pour protéger les enfants des abus et optimiser leurs possibilités de mener une vie heureuse et productive ... Dans les situations où la rupture familiale devient inévitable, l'État, dans la mesure du possible, a l'obligation de minimiser autant que faire se peut les effets négatifs qui en découlent pour les enfants ⁴⁰.

L'évaluation approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir chapitre 4.4) constitue un élément important dans l'affaire *S v M*. Dans ce cas précis, les informations concernant l'intérêt supérieur des enfants ont été fournies par un *curateur ad litem* nommé par le tribunal, et complétées par une enquête sociale de *l'amicus curiae* ainsi que par les nombreux rapports d'une équipe de travailleurs sociaux du Département du développement social d'Afrique du Sud. L'arrêt *S v M* n'incluait pas d'instructions obligeant les tribunaux à nommer un *curateur ad litem* ou des assistants sociaux pour les affaires futures, laissant penser que la recherche d'informations sur l'intérêt supérieur des enfants via des collaborateurs extérieurs ⁴¹ serait laissée à la discrétion des tribunaux. Pourtant, le jugement assurait sans équivoque sa conviction « qu'une approche véritablement de principe et centrée sur l'enfant nécessite un examen attentif et individualisé de la situation concrète, précise, de l'enfant concerné. Appliquer d'office une formule prédéterminée,

³⁹ *S v M*, § 54

⁴⁰ *Ibid.*, § 20.

⁴¹ Donson, F. and Parkes, A. (2016), 6-7. Donson, F. and Parkes, A. (2016), 6-7.

quelles que soient les circonstances, serait en fait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné »⁴².

⁴²*S v M* § 24.

Chapitre 3
Dialoguer avec les acteurs de la Justice



3.1 Avant-propos au chapitre 3

Le chapitre 3 de cette boîte à outils comprend deux articles résultant d'enquêtes menées auprès de juges et d'autres acteurs du monde judiciaire dans deux contextes européens différents. Le premier a été rédigé par Shona Minson, British Academy Post Doctorate Fellow au Centre de criminologie de l'Université d'Oxford ; le second est dû à Heleen Lauwereys, chercheuse doctorante à l'Institut pour la recherche internationale sur la politique pénale et au Centre des droits de l'homme, Université de Gand. La troisième section de ce chapitre peut être considérée comme une discussion sur les procédures accusatoire et inquisitoire et leurs conséquences respectives pour l'approche des droits de l'enfant.

3.2 Shona Minson : dialoguer avec les acteurs de la Justice

Le briefing suivant met en exergue deux questions que les avocats, ONG et autres professionnels de la justice pénale doivent aborder avec les juges et les autres acteurs du monde judiciaire pour s'assurer qu'ils mesurent correctement l'impact qu'une peine d'emprisonnement aura sur les enfants d'un prévenu. Il se fonde sur l'expérience acquise par l'auteur dans son travail auprès de la Justice en Angleterre, au Pays de Galles et en Écosse.

- 1. Les juges ne peuvent agir en dehors des paramètres de leur juridiction. Pour qui souhaite dialoguer avec eux, il est donc essentiel de comprendre si, quand ils déterminent une peine, ils ont le droit ou l'obligation de tenir compte des répercussions qu'elle aura sur les enfants à charge du prévenu.**

Les paramètres de la juridiction d'un juge sont déterminés et influencés par différents éléments qui varient selon les pays :

- i) La jurisprudence nationale
- ii) La législation nationale
- iii) La jurisprudence européenne
- iv) Les lignes directrices en matière de détermination de la peine
- v) Les mémorandums nationaux d'entente et autres instruments non-inscrits dans la loi.

- vi) Les recommandations du Conseil de l'Europe
- vii) Les conventions internationales, en particulier concernant les enfants ; la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Les articles de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui revêtent une importance particulière pour la détermination de la peine de parents sont :

Article 2 : Non-discrimination : L'État a le devoir de protéger un enfant contre les châtements ou la discrimination dont il souffre en raison du statut ou des activités de ses parents.

Article 3 : Dans toutes les actions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Article 12 : Dans toutes les questions intéressant l'enfant, l'enfant a le droit de faire entendre son opinion, cette opinion étant dûment prise en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

Article 20 : Tout enfant privé de son parent a droit à une aide spéciale de l'État.

En ce qui concerne les droits des enfants indiqués dans l'article 2, la comparaison avec un autre cas où un enfant se voit séparé de ses parents par l'État, et où l'État tient dûment et pleinement compte de l'intérêt supérieur de cet enfant peut utilement influencer la décision des magistrats. Dans le contexte anglais, cette comparaison a pu se faire avec succès dans les tribunaux familiaux.

La Recommandation CM / Rec (2018) 5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus a été adoptée le 4 avril 2018. Les sections relatives à la condamnation des parents ayant des enfants à charge sont présentées dans leur intégralité ci-dessous :

1. *Les enfants de parents détenus doivent être traités dans le respect de leurs droits de l'homme et en tenant dûment compte de leur situation particulière et de leurs besoins. Ces enfants doivent avoir la possibilité d'exprimer leur opinion, directement ou indirectement, dès lors qu'il s'agit de décisions qui peuvent les concerner. Les mesures visant à garantir la protection de l'enfant,*

y compris le respect de son intérêt supérieur, de sa vie familiale et de sa vie privée doivent faire partie intégrante de ce processus, tout comme les mesures qui aident le parent détenu à exercer son rôle, du début de son incarcération à sa remise en liberté, et après.

- 2. Lorsqu'une peine privative de liberté est envisagée, il convient de prendre en considération les droits et l'intérêt supérieur de tout enfant concerné et de recourir, dans la mesure du possible et si approprié, à des mesures alternatives à la détention, en particulier lorsque le parent a la responsabilité de l'enfant à titre principal.*

- 10. Sans préjudice de l'indépendance de la justice, avant toute ordonnance judiciaire ou condamnation à l'encontre d'un parent, il convient de tenir compte des droits et des besoins de ses enfants et des incidences potentielles sur ces derniers. Le pouvoir judiciaire devrait étudier la possibilité de suspendre raisonnablement la détention provisoire ou l'exécution d'une peine privative de liberté pour les remplacer par des sanctions ou des mesures appliquées dans la communauté.*

Même si la jurisprudence, la législation, les lignes directrices, les recommandations ou les conventions pertinentes exigent que les juges tiennent compte de l'impact d'une peine sur les enfants à charge d'un prévenu, croire que tous connaissent et comprennent leur devoir serait se bercer d'illusions. Il est donc essentiel de fournir aux personnes qui décideront de la peine les références jurisprudentielles, ou d'attirer leur attention sur la législation, les directives nationales en matière de détermination de la peine, les recommandations ou les articles de conventions pertinents.

- 2. Si les acteurs de la Justice peuvent ou doivent tenir compte des droits de l'enfant, ils devront considérer l'impact de la peine d'un prévenu sur son enfant à charge. On ne peut présumer qu'ils auront une quelconque compréhension de cet impact, il est donc important de leur fournir des informations sur ce point pour qu'ils en tiennent dûment compte quand ils détermineront la peine.**

Trois niveaux d'information différents peuvent s'avérer utiles dans ces situations :

- i) Des recherches universitaires européennes et internationales ont montré un lien entre l'emprisonnement parental et les problèmes suivants : traumatisme et perte, exclusion sociale et vulnérabilité accrue, stress financier, attachements perturbés, troubles d'internalisation (dépression, colère, détresse), troubles d'extériorisation (comportement antisocial, activité criminelle, toxicomanie et alcoolisme), scolarisation perturbée, difficultés sociales et décès avant 65 ans ⁴³.
- ii) Les études nationales sur les répercussions de l'emprisonnement parental aideront à ancrer dans la vie locale toute décision de justice – par exemple, on s'intéressera à la distance entre la prison et le domicile si le parent est emprisonné, au coût représenté par les visites en prison, au type de soutien offert ou non aux enfants de détenus.
- iii) L'information sur l'impact de l'emprisonnement parental sur les enfants des condamnés. Veiller à ce que le tribunal soit renseigné sur les points suivants :
 - Le nom et l'âge des enfants ;
 - Le plan de prise en charge si le parent est emprisonné, y compris l'aptitude en termes d'âge, de santé et de ressources financières des personnes susceptible de prendre en charge les enfants.
 - Voir si les frères et sœurs seront séparés à la suite de l'incarcération du parent ;
 - ... si leur éducation risque d'être perturbée par l'emprisonnement du parent ;
 - ... les besoins particuliers des enfants en termes émotionnels ou de santé ;
 - ... si les enfants pourront rendre visite à leur parent incarcéré.

Si l'on fournit des ressources aux juges sur ce sujet, la bonne pratique voudrait qu'on les transmette aussi aux autres professionnels de la justice pénale impliqués dans la détermination de la peine, par exemple aux avocats et aux personnes préparant des rapports pour le tribunal, afin que tous soient conscients de la nécessité d'envisager l'impact des peines sur les enfants à charge.

⁴³ Voir Parke and Clarke-Steward, 2001; Travis and Waul, 2004; Miller, 2006; Comfort, 2007; Dallaire, 2007a, 2007b; Children's Commissioner for Scotland, 2008; Murray and Farrington, 2008; Nesmith and Ruhland, 2008; Barnardo's, 2009; Dallaire and Wilson, 2010; Hissel et al, 2011; Raikes and Lockwood, 2011; Sampson, 2011; Smith and Gampell, 2011; Wakefield and Wildeman, 2011; Arditti, 2012; Johnson and Easterling, 2012; Flynn, 2013; Morgan, 2014; Wakefield and Wildeman, 2014; Dennison and Smallbone, 2015; Flynn, 2015; Minson and Condry, 2015; Minson et al 2015, Dennison and Besemer, 2018 ; Oldrup and Frederiksen, 2018, Van de Weijer et al, 2018, Masson, 2019, Minson, en cours de publication.

3.3 Heleen Lauwereys : le pouvoir discrétionnaire du judiciaire et le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la législation et la pratique belges en matière de détermination de la peine

Ces entretiens ont été conduits dans le cadre de la recherche doctorale de l'auteur sur le rôle du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'on juge des parents ou des personnes responsables d'enfants à titre principal dans le contexte belge. ⁴⁴

Une femme de 26 ans, d'origine polonaise, enceinte et mère d'un enfant de deux ans, a du mal à joindre les deux bouts avec son emploi à temps partiel dans une entreprise de nettoyage et a peu de relations en Belgique. Elle a été reconnue coupable d'avoir importé une petite quantité de cannabis des Pays-Bas en Belgique pour la consommation personnelle d'un ami. Le procureur l'a condamnée à un an d'emprisonnement et à une amende de 1000 euros. Quelle peine lui auriez-vous infligée ?

Ce scénario a été soumis à dix-sept juges pénaux belges. Ils ont été invités à prononcer une peine dans cette affaire purement théorique ainsi que dans deux autres qui leur étaient proposées et à répondre à des questions ouvertes. L'analyse des entretiens montre que peu d'attention est explicitement accordée aux enfants et à leur intérêt supérieur dans la décision judiciaire. Les juges ignorent très souvent les enfants du prévenu et leurs intérêts. Ils perçoivent aussi différemment la façon dont les enfants seront affectés par une condamnation et si et comment ces répercussions sont pertinentes dans la détermination de la peine.

Le principe de l'intérêt supérieur en tant que droit constitutionnel symbolique

La Belgique a ratifié la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE) et inclus une disposition sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa Constitution. Les plus hautes juridictions du pays, cependant, s'opposent sur le point de savoir si l'article 3 (1) de la CIDE et l'article 22bis (4) de la Constitution belge doivent fournir la base sur laquelle s'appuient les décisions concernant des enfants individuels, au motif que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est trop vague pour fonder les droits individuels et que, pour l'appliquer, une disposition spécifique sur l'intérêt

⁴⁴ Institut pour la recherche internationale sur la politique pénale, Université de Gand. Pour d'autres publications sur le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision de justice (en Belgique), voir biblio.ugent.be/person/000170872570.

supérieur de l'enfant serait nécessaire dans le cadre de la procédure. Le code pénal belge n'inclut pas l'obligation légale spécifique, pour les tribunaux, de tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants lors de la condamnation des parents et / ou des personnes responsables d'eux à titre principal.

Mais les choses pourraient bien changer. Dans le nouveau code pénal, actuellement débattu au sein de la commission parlementaire sur la Justice, une disposition est incluse qui obligerait les juges à prendre en compte l'impact de la peine sur l'accusé, son environnement et la communauté dans son ensemble (bien qu'on n'y parle pas particulièrement des droits de l'enfant, il est précisé que « l'environnement » de l'accusé englobe sa famille)⁴⁵. Le texte explicatif de la proposition précise que le juge doit déterminer quelle peine a les conséquences les moins néfastes pour toutes les parties impliquées, en fonction du ou des objectifs pénaux énoncés. Si deux sentences différentes peuvent donner le même résultat, il faut choisir celle ayant le moindre impact négatif⁴⁶.

Bien qu'actuellement le code pénal n'impose pas ces obligations, les juges belges ont un pouvoir discrétionnaire important en matière de détermination de la peine et peuvent adapter les peines individuelles à l'infraction commise, aux circonstances de l'affaire et à la situation personnelle de l'accusé. Ce pouvoir discrétionnaire permet aussi aux juges de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans la détermination du type de peine approprié et dans la suspension ou l'aménagement de la peine.

Entretiens multi-méthodes avec les juges

Les juges ont la possibilité de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant dans la détermination de la peine. Mais évidemment, cela ne signifie pas qu'ils le font nécessairement dans la pratique. Pour comprendre si et comment les juges pénaux interprètent et appliquent la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, des entretiens qualitatifs comme on l'a dit au début de ce chapitre ont été menés avec dix-sept juges de correctionnelle (cinq femmes et douze hommes) siégeant dans différents arrondissements judiciaires flamands et invités à participer à une étude sur les circonstances atténuantes. L'entrevue comportait trois parties comprenant des questions ouvertes et des scénarios de cas.

⁴⁵ Voorstel van wet tot invoering van een nieuw Strafwetboek, Boek 1 en Boek 2, Parl.St. Kamer (2018-19), 54-3651/001.

⁴⁶ Ibid., 116.

Les entretiens commençaient par une question d'ordre général. Il s'agissait de discuter des circonstances atténuantes personnelles que les juges présents envisageaient normalement, quand ils le faisaient. On leur a ensuite demandé d'infliger une peine dans trois scénarios fictifs dans lesquels le prévenu théorique avait au moins un enfant mineur et d'exprimer leurs motivations afin de dévoiler leur processus intellectuel. Tous les juges se sont vu présenter les mêmes scénarios imaginaires, où l'infraction commise et le contexte de l'affaire étaient expliqués en quelques paragraphes. Le caractère fictif des affaires a permis d'inclure un certain nombre de variables pertinentes relatives à la nature et à la gravité de l'infraction, au profil du parent et à la situation familiale. Après une réflexion sur les scénarios de détermination de la peine, le but de la recherche a été partagé avec les répondants et des questions ouvertes ont été posées quant au rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la façon dont ils avaient décidé la peine. L'objectif réel de cette étude, l'intérêt supérieur de l'enfant, n'a été révélé qu'après cette réflexion.

Cinq des dix-sept juges ont estimé que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas pertinent dans la détermination de la peine et ont indiqué qu'ils ne le prendraient pas en considération. Bien que les autres répondants aient dit tenir compte des enfants dans leur décision, cela ne signifie pas nécessairement qu'ils ont tenu compte des conséquences de la peine sur eux, comme le montre l'analyse des entretiens. Dans de nombreux cas, les enfants sont considérés comme un indicateur pour évaluer le risque de récidive et les chances de réadaptation, ou pour déterminer si l'accusé sera en mesure d'exécuter une peine, par exemple dans le cas d'une femme enceinte condamnée à des travaux d'intérêt général. Les juges qui s'opposaient à ce que l'on tienne compte de l'intérêt supérieur des enfants, mais aussi ceux qui le jugeaient pertinent, ont présenté plusieurs arguments contre cette prise en compte, en général ou dans des cas individuels. Parmi leurs réponses figuraient celles-ci :

« Aussi triste que ce soit pour les enfants et la famille, je trouve que cette personne le savait au moment de l'infraction et qu'elle devrait en assumer les conséquences. »

« Je ne trouve pas ça génial, qu'un enfant naisse dans ce contexte [la prison], mais mes collègues ont dit, bien, en fait, nous ne sommes pas d'accord. C'est trop facile d'avoir un bébé et après de s'en sortir grâce à ça ».

« On peut aussi dire que quelqu'un qui a des enfants, on le traitera différemment de quelqu'un qui n'en a pas ».

Ces contre-arguments montrent que les juges ont encore du mal à appliquer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de la détermination de la peine, car il peut aller à l'encontre de leur sens de l'égalité et de la justice. Seuls sept juges ont mentionné les enfants du délinquant lorsqu'on les a interrogés sur les circonstances atténuantes au début de l'entrevue. De même, les enfants n'étaient pas toujours mentionnés, ou l'étaient de manière très peu détaillée, pendant l'évaluation des exercices de détermination de la peine. Même si les juges peuvent trouver l'intérêt supérieur de l'enfant pertinent, voire important, quand on les interroge à ce sujet, cette enquête révèle que cet intérêt supérieur était une considération improbable dans la pratique habituelle de la majorité des répondants.

Voir la façon dont les juges déconstruisent l'intérêt supérieur de l'enfant lors de la détermination de la peine s'est avéré tout aussi intéressant. Les juges ont montré différents niveaux de compréhension quant aux conséquences sur les enfants de différentes peines et avaient des opinions divergentes sur la pertinence de ces conséquences lorsqu'ils décidaient d'une sanction. Si nombre d'entre eux reconnaissaient que la séparation d'avec un parent lors d'un emprisonnement peut causer des problèmes émotionnels, voire des traumatismes, d'autres trouvaient aussi ce fait non pertinent en matière de détermination de la peine et minimisaient la gravité potentielle de l'impact (« si l'enfant n'est pas en danger, s'il s'agit uniquement d'un enfant à qui son père manque, je n'irai pas facilement dans cette direction »). Les juges paraissaient plus préoccupés par les jeunes enfants et semblaient supposer que les plus âgés seraient moins affectés. Un certain nombre de juges de sexe masculin ont indiqué qu'ils étaient plus enclins à considérer l'impact d'une peine infligée à une mère, celle-ci étant plus importante dans la vie d'un enfant. Les handicaps, la personnalité et les opinions de l'enfant n'ont été mentionnés qu'une seule fois par différents répondants. Les juges ont en outre indiqué qu'ils ne recevaient pas assez d'informations sur les enfants et sur l'impact potentiel d'une peine sur leur intérêt supérieur pour pouvoir livrer une évaluation appropriée :

“Mais le rôle des enfants dans la détermination de la peine est si personnel. Il a à voir avec la nature de l'infraction [...]. Et parfois aussi, avec dans quelle mesure le parent impliqué a agi pour ses enfants ».

La manière dont l'intérêt supérieur de l'enfant influe, ou devrait influencer, sur la détermination de la peine n'apparaît pas clairement dans l'étude, puisque des incohérences existaient non seulement entre les personnes interrogées, mais aussi dans la façon dont une même personne réglait différentes affaires. Les juges ont indiqué que leur mandat consistait à infliger une peine adéquate à chaque prévenu à la lumière des objectifs visés par cette sanction. Les circonstances particulières d'une affaire, comme la gravité de l'infraction et le casier judiciaire d'un parent, peuvent conduire à décider que l'impact sur la vie et le bien-être de l'enfant ne justifie pas une atténuation de la peine du délinquant. Cette analyse révèle que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas facilement conciliable avec les objectifs du droit pénal et des différentes peines. Savoir quel poids attribuer à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la sanction tout en veillant à ce que celle-ci atteigne les objectifs qui lui ont été fixés ne va pas de soi pour les juges. Les circonstances entourant une affaire peuvent tellement varier que cette décision doit être adaptée au cas par cas.

L'analyse de ces entretiens montre comment les juges abordent la détermination de la peine et le rôle que l'intérêt supérieur de l'enfant peut jouer dans ce contexte. La question de savoir si les juges tiennent compte de l'intérêt supérieur de l'enfant est pertinente ici ; mais ce qui est particulièrement intéressant, c'est la façon dont ils ont interprété et appliqué ce principe dans leur pratique pénale. Les résultats ont soulevé des questions et révélé des problèmes spécifiques dans l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces entretiens montrent, à la lumière des opinions et des décisions des juges dans ces exemples précis, qu'il est nécessaire de poursuivre les recherches sur l'impact plus général des peines. Les résultats de cette étude devraient être largement partagés entre les professionnels concernés à l'intérieur du système de justice pénale. Enfin, le manque manifeste d'informations sur les cas individuels des enfants devrait être abordé en examinant les façons dont peuvent être utilisés les rapports préalables au jugement et les déclarations d'impact sur les enfants.

3.4 Sur les approches accusatoires de la justice pénale et la protection des droits des enfants

Certains commentateurs soutiennent que, lorsqu'une personne responsable d'enfants à titre principal est en conflit avec la loi, la structure oppositionnelle des procédures judiciaires contradictoires, menées notamment dans des pays de droit coutumier (*common law*) comme le

Royaume-Uni, l'Irlande et les États-Unis est préjudiciable à une issue positive pour les enfants ⁴⁷. Même si les praticiens des juridictions concernées, en règle générale, soutiennent résolument cette structure, des voix importantes, y compris d'éminents juristes au sein de ces systèmes, ont appelé à une approche moins conflictuelle et plus inquisitoire pour résoudre les problèmes ayant un impact sur les familles ⁴⁸.

Ces arguments sont étayés par la recherche. Dans son travail sur les procédures contradictoires concernant les divorces et les gardes d'enfants, la juriste Janet Weinstein cite les nombreuses façons dont la nature de ces procédures impacte négativement toutes les parties impliquées, notamment en contraignant les justiciables à adopter des positions figées et souvent extrémistes et antagonistes, créant des obstacles au partage d'informations et excluant de la procédure les tiers pertinents. Weinstein note que, « du point de vue des enfants et des parents, le processus contradictoire ne favorise pas un fonctionnement familial sain » ⁴⁹. Il est également très probable que les approches contradictoires conduisent à des résultats négatifs pour les enfants quand il s'agit de justice pénale. Ce point est implicite dans le raisonnement de l'affaire *S v M* (Afrique du Sud, 2007), où le tribunal a noté que, lorsqu'on juge une personne ayant la garde principale d'enfants, la « posture accusatoire, normale, de l'accusation devrait être assouplie quand les intérêts des enfants sont concernés » ⁵⁰.

Comme le montrent les travaux de chercheurs comme Heleen Lauwereys, une justice pénale « qui ne voit pas les enfants » prévaut ⁵¹ indépendamment du cadre procédural, autrement dit, que celui-ci ait un caractère accusatoire ou inquisitoire — une réalité qui complique le recentrage sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les tribunaux et oblige les parties prenantes à travailler avec les juges et les autres acteurs du monde judiciaire pour les sensibiliser et promouvoir le changement. Si les décideurs souhaitent « promouvoir une parentalité positive » dans la planification des peines conformément à la Recommandation CM / Rec (2018) 5 du Conseil de l'Europe ⁵², ils doivent tenir compte de la nature des procédures avec lesquelles les tribunaux

⁴⁷ Par exemple, Kieran McGrath fait valoir dans « Protecting Irish children better: The case for an inquisitorial approach in childcare proceedings », *Judicial Studies Institute Journal* 5(1) (2005), 149, que « le système juridique contradictoire, en raison de sa dépendance vis-à-vis du conflit, n'est pas adapté pour traiter les procédures de garde d'enfants ».

⁴⁸ Ce point a été avancé par un ancien Lord Chief Justice du Royaume-Uni, par exemple dans des commentaires sur la nécessité de réformer le système judiciaire britannique. Voir « Inquisitorial system may be better for family and civil cases, says top judge », *The Guardian*, 4 March 2014, www.theguardian.com/law/2014/mar/04/inquisitorial-system-family-civil-cases-judge-lord-thomas, consulté le 18 novembre 2019.

⁴⁹ Weinstein, J. (1997), 'And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System', *University of Miami Law Review* 52(79), 134.

⁵⁰ *S v M* § 36(2).

⁵¹ Jones, A., 'Child Blind Justice', 2017.

⁵² L'article 41 de la Recommandation CM / Rec (2018) 5 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant les enfants de détenus se lit comme suit : « Afin de promouvoir la parentalité positive, il convient de prêter attention, dans le projet d'exécution de la peine, à des programmes et d'autres interventions qui favorisent et développent une relation positive entre l'enfant et le parent. »

fonctionnent. Les parties prenantes, en particulier dans les juridictions de droit coutumier, doivent trouver des moyens d'incorporer des approches non accusatoires qui tiennent dûment compte de l'intérêt supérieur des enfants concernés ⁵³.

⁵³ Weinstein J. (1997), 159-160.

Chapitre 4
Considérations essentielles sur le jugement



4.1 Qu'est-ce qu'un « parent » ?

Quand les tribunaux examinent des affaires où les prévenus sont parents de jeunes enfants ou remplissent un rôle parental, la question se pose de savoir comment définir ce dernier en termes juridiques. Dans l'affaire *S v M*, la prévenue était célibataire, mère de trois enfants et définie comme la « personne responsables des enfants à titre principal » – en termes simples, la personne avec qui l'enfant vit et qui assure son quotidien ⁵⁴. L'importance de cette terminologie est que si, dans certains cas, il peut y avoir d'autres personnes pour s'occuper d'un enfant en situation d'emprisonnement parental, il est généralement contraire à son intérêt supérieur d'être séparé de celle qui prend soin de lui habituellement. Il s'agit donc de préserver au mieux une certaine régularité dans la vie des enfants. De subtiles évolutions dans la terminologie désignant la parentalité et les personnes ayant la garde des enfants peuvent constituer des changements fondamentaux dans l'expérience d'un enfant.

Élargissant la définition traditionnelle de la parentalité, un glissement s'est produit, notamment dans le discours américain sur le droit de l'enfant, vers l'utilisation du terme « parent psychologique » pour désigner l'adulte responsable d'un enfant. Cette notion vient d'un livre de 1979 très applaudi dans le domaine du droit de l'enfant, *Before the Best Interests of the Child*, dans lequel les auteurs définissent le « parent psychologique » comme celui qui, « au quotidien, grâce à l'interaction et à la réciprocité, répond aux besoins psychologiques de l'enfant vis-à-vis de son parent ainsi qu'à ses besoins physiques » ⁵⁵. Cette appellation fonctionne comme un terme générique qui peut englober les grands-parents, les beaux-parents et les tuteurs légaux en dehors de la famille, étendant les conditions de garde au-delà des limites définies de la parentalité biologique ou adoptive.

Les mères sont généralement les principales éducatrices dans les familles, de sorte que juger la personne responsable à titre principal revient souvent à juger la mère. Il faut noter que certaines normes, à savoir les Règles de Bangkok des Nations Unies et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (voir Annexe II), utilisent un langage rigoureux concernant expressément l'emprisonnement maternel, comme l'indique un examen attentif. Dans l'ensemble, cependant, la terminologie, dans la majorité des normes internationales et régionales, ne fait aucune distinction

⁵⁴ *S v M* § 28

⁵⁵ Goldstein, J., Freud, A. and Solnit, J. (1979), *Before the Best Interests of the Child*, New York: Free Press in Lerer, T. (2013).

entre la mère et le père – elle se réfère de préférence aux « parents » et aux « personnes s’occupant de l’enfant ». Néanmoins, rares sont les cas où les enfants d’un prévenu de sexe masculin ont eu un impact sur sa condamnation. La raison en est essentiellement, et tout simplement, que les pères jouent moins souvent le rôle d’éducateur principal. On a vu un cas, en Norvège, où l’emprisonnement d’un père a été ajourné pour lui donner le temps d’organiser préalablement la vie de son fils (en fin de compte, le garçon a été confié à son grand-père, évitant ainsi un placement en famille d’accueil ⁵⁶), mais cela représente l’exception et non la règle.

4.2 Détention avant le prononcé de la peine

L’examen de la vie familiale du parent doit commencer dès l’arrestation par la police et se poursuivre durant toute la rencontre du parent avec le système judiciaire et ses institutions, du tribunal à la prison et à l’après-libération ⁵⁷. Dans ce contexte, tenir compte de l’intérêt supérieur de l’enfant pendant la détention provisoire (dite « détention préventive » dans certains pays) est essentiel ⁵⁸. La détention avant le procès peut avoir des effets dévastateurs sur les familles, dont beaucoup vivent déjà dans la précarité (les pauvres sont inévitablement surreprésentés en détention provisoire en raison de leur incapacité à déposer une caution), et les enfants peuvent être les principales victimes de ce traumatisme initial, surtout si le parent concerné en a la garde exclusive et que rien n’a été prévu pour leur prise en charge.

De nombreux systèmes de justice pénale affichent une dépendance excessive à l’égard de la détention provisoire, un phénomène qui, selon les chercheurs, tend à illustrer « des politiques pénales punitives et hostiles au risque... tout en reflétant également des manques d’efficacité massifs, une désorganisation et un manque de ressources des systèmes et des processus judiciaires » ⁵⁹. Baldwin et Epstein (2015) ont suggéré que les taux élevés de détention provisoire pour les femmes au Royaume-Uni (une étude a montré que 71% des femmes détenues avant

⁵⁶ Brett, R. (2018), ‘Best Interests of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice’, auto-publication, 7.

⁵⁷ Des efforts concertés ont été faits pour évaluer la situation familiale des personnes en conflit avec la loi dès le premier contact avec la police, avec une formation aux pratiques policières adaptées aux enfants, l’élaboration de normes de maintien de l’ordre lorsqu’un enfant est impliqué, et l’obligation de veiller à ce que les enfants reçoivent des soins appropriés après l’arrestation d’un parent. Pour d’autres informations, voir ‘Children of Imprisoned Parents’ (2011), The Danish Institute for Human Rights, Children of Prisoners Europe, University of Ulster and Bambinisenzasbarre et ‘Police, Judges & Sentencing: Arrests, Trials & Children’s Rights’ (2013), Children of Prisoners Europe, Justice for Children of Prisoners Newsletter (3).

⁵⁸ Dans cette boîte à outils, les termes « détention provisoire » indiquent la détention avant et pendant le procès, ou dans la période précédant le prononcé de la peine. Voir l’annexe I pour une explication de ces termes.

⁵⁹ Jacobson, J., Heard, C. and Fair, H. (2017), ‘Prison: Evidence of its use and over-use from around the world’, Institute of Criminal Policy Research: London, 2.

comparution devant une Magistrates Court et 41% de celles détenues avant comparution devant une Crown Court n'ont finalement pas été condamnées ⁶⁰) peut s'expliquer par l'idée, répandue parmi les juges, que les prévenues mènent une vie chaotique qui constitue un obstacle à leur mise en liberté sous caution, et que le fait de rester en détention améliorera d'une manière ou d'une autre leur accès aux services et au logement ⁶¹. Le recours excessif à la détention provisoire reflète également des pratiques discriminatoires, par exemple vis-à-vis des Roms en Hongrie ⁶² et en Bulgarie ⁶³, où l'hypothèse selon laquelle les détenus roms présentent un risque de fuite a conduit à de longues périodes en détention provisoire et à une augmentation des taux d'emprisonnement.

Aux Pays-Bas, les détenus en détention provisoire représentent 30% de la population carcérale, un taux nettement plus élevé que dans d'autres pays d'Europe occidentale, ce qui laisse supposer un sous-recours aux peines non privatives de liberté et une approche punitive des personnes en conflit avec la Loi ⁶⁴. Peggy ver Trugt, de l'Université de Maastricht, a récemment effectué une recherche approfondie sur la détention provisoire des femmes néerlandaises qui montre que jusqu'à 57,5% de celles en état d'arrestation ont été placées en détention provisoire jusqu'à leur comparution devant le tribunal, et que 35% ont été soit placées en détention provisoire et libérées avant le procès, soit maintenues en garde à vue pendant trois à six jours. Seules 12,5% des femmes ont été arrêtées puis libérées. Aucune, dans cette enquête, n'a été autorisée à entrer en contact avec ses enfants directement après son arrestation, et certaines se sont vu refuser ce contact pendant plusieurs mois ⁶⁵. Une tendance tout aussi inquiétante à un recours excessif à la détention provisoire existe en Scandinavie, en Suède, en Norvège et au Danemark — trois systèmes de justice pénale qui, à bien d'autres égards, ont été considérés comme des modèles pour leur conception réhabilitatrice de l'incarcération. Un rapport de 2017 estime que jusqu'à un quart de la population carcérale suédoise est constitué de détenus en détention provisoire, avec environ les

⁶⁰ Revealed: The wasted millions spent on needless remand' (18 August 2014), The Howard League for Penal Reform, howardleague.org/news/needlessremand, consulté le 6 décembre 2014.

⁶¹ Baldwin, L. and Epstein, R. (2015), 'Short but not sweet: exploring the impact of short sentences on mothers', *European Journal of Parental Imprisonment* 2 (Child impact assessments and sentencing), 21.

⁶² Les Roms constituent environ 40% de la population carcérale hongroise (Tóth et Kádár, 2013) alors qu'ils représentent environ 7,49% de la population générale (Council of Europe, « Estimates and official numbers of Roma in Europe », 2012). Depuis la montée en puissance du parti d'extrême droite Fidesz dans la politique hongroise, en 2010, les ONG hongroises et les organisations de surveillance ont noté une récente montée de la brutalité à l'encontre des suspects roms, ainsi que des conditions de détention généralement dégradantes, des violences contre et parmi les prisonniers, et une augmentation de la durée de la détention provisoire. Le Département d'État américain a publié un rapport en 2015 détaillant l'exclusion sociale et la discrimination à l'égard des Roms, y compris « l'intimidation des organes de la société civile et l'érosion systématique de l'état de droit » (in Jacobson, J. et al., 2017).

⁶³ Une étude du Comité Helsinki de Bulgarie (2017) suggère une forte surreprésentation des Roms parmi les détenus en Bulgarie : malgré une population rom nationale estimée à 9,94% (Council of Europe, « Estimates and official numbers of Roma in Europe », 2012), la part des Roms parmi les détenus nouvellement arrivés était supérieure à 50%. Une organisation a estimé qu'environ 80% des femmes incarcérées à la prison de Sliven (le seul établissement pour femmes en Bulgarie) sont des Roms (pour plus d'informations, voir 'Roma & Traveller Children with a Parent in Prison: A follow-up report with case studies and recommendations' [2018], Montrouge: Children of Prisoners Europe).

⁶⁴ Jacobson, J., Heard, C. and Fair, H., (2017), 22.

⁶⁵ ter Vrugt, P. (2018), 'Innocent, forgotten and punished: Rights of children of imprisoned mothers in the Netherlands', Master thesis, Maastricht University dept. of Criminal Law and Criminology, 43-44.

deux tiers de cette population soumise à des « restrictions », y compris l'isolement cellulaire, ce qui représente environ un huitième de l'ensemble de la population carcérale ⁶⁶. Le système judiciaire norvégien semble avoir limité son utilisation de la détention provisoire, mais les restrictions peuvent y être tout aussi sévères. Ces résultats ont conduit à observer que cette « sévérité scandinave » dans le traitement des détenus en attente de jugement n'existe pas dans la plupart des autres pays européens » ⁶⁷.

De nombreuses normes relatives aux droits de l'enfant exigent que l'on tienne compte de son intérêt supérieur pendant la détention provisoire. Ainsi, conformément aux Règles de Bangkok des Nations Unies, « les femmes ayant à leur charge des enfants doivent être autorisées à prendre pour eux des dispositions, dont éventuellement l'obtention d'une suspension raisonnable de leur détention, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants ». L'article 9 de la Recommandation CM / Rec (2018) 5 du Conseil de l'Europe stipule que « L'application des restrictions concernant les contacts que peut avoir un parent arrêté ou placé en détention provisoire doit se faire d'une manière qui respecte le droit de l'enfant à maintenir le contact avec son parent. » Le « Mémoire d'accord » de l'Italie, quant à lui, insiste sur le fait que la priorité doit être donnée « aux mesures alternatives à la détention provisoire en prison » (voir le chapitre 3 pour l'article complet). Et le précédent établi par l'affaire *S v M* (Afrique du Sud, 2007 ; voir le chapitre 2) a eu un impact immédiat sur d'autres affaires, par exemple celle de 2015 où une mère allaitante a été immédiatement libérée sous caution afin qu'elle puisse retrouver son enfant ⁶⁸.

4.3 Les peines de durée indéterminée et le pouvoir discrétionnaire du judiciaire

La tension régnante entre les critères en vigueur pour les peines déterminées et ceux des peines indéterminées est au cœur du plaidoyer pour une réforme de la détermination de la peine plus favorable aux enfants. Un glissement vers des peines déterminées s'est parfois produit pour limiter les incohérences qu'entraînait le pouvoir discrétionnaire des juges, mais, dans certains contextes, cela a conduit à des normes draconiennes en matière de détermination de la peine. Aux

⁶⁶ Smith, P.S., 'Punishment Without Conviction? Scandinavian Pre-trial Practices and the Power of the "Benevolent" State', 4, in Smith, P.S. and Ugelvik, T. (eds.), *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice: Embraced by the Welfare state?*, London: Palgrave (2017).

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Skelton, A. and Mansfield-Barry, L. (2015), 'Developments in South African law regarding the sentencing of primary caregivers', *European Journal of Parental Imprisonment* 2(Child impact assessments and sentencing), 15.

États-Unis, les *Federal Sentencing Guidelines*, élaborées au milieu des années 1980 - et obligatoires jusqu'en 2005 —, soulignaient « le caractère généralement inadéquat d'une prise en compte de l'éducation, des compétences professionnelles, de l'historique d'emploi, des liens et responsabilités familiales et des liens communautaires du prévenu » ; (avant que ces directives soient devenues simplement consultatives, un juge les décrivait comme « si cruellement trompeuses qu'elles donnent envie de pleurer à ceux qui doivent les appliquer à des êtres humains, aux familles et à la communauté »⁶⁹). Citant une idée du fondateur du *Sentencing Project*, Marc Mauer, la journaliste Nell Bernstein a observé :

« Le passage des peines à durée indéterminée à des peines minimales imposées reflète un changement dans la réflexion sur le but de l'incarcération, de la réadaptation à la punition [...] Une peine destinée à réhabiliter [doit] avoir une certaine souplesse inhérente. Une fois que l'on a commencé à définir les contrevenants exclusivement en fonction de leurs actes criminels et qu'on en est venu à considérer la fonction de l'incarcération comme principalement dissuasive et punitive, une telle flexibilité n'était plus nécessaire.⁷⁰ »

D'un autre côté, le pouvoir discrétionnaire accordé aux juges lorsque les normes et la jurisprudence sont inexistantes en matière de détermination de la peine pour les personnes responsables d'enfants – ou, comme c'est le cas au Royaume-Uni, quand la détermination de la peine est soumise à des lignes directrices strictes, mais offrant un large pouvoir discrétionnaire au judiciaire – ce pouvoir discrétionnaire, donc, signifie que la disparité dans la détermination de la peine est endémique⁷¹. « The Imposition of Community and Custodial Sentences : Definitive Guideline », l'addendum de 2017 aux lignes directrices britanniques sur la détermination de la peine, stipule que, « pour les délinquants sur le point d'être incarcérés, l'emprisonnement ne devrait pas être imposé là où un impact sur les personnes à charge rendrait une peine privative de liberté disproportionnée par rapport à la réalisation des objectifs de la condamnation⁷² ». Pourtant, les recherches de Shona Minson sur le pouvoir discrétionnaire des juges de la Crown Court au Royaume-Uni ont révélé qu'un certain nombre d'entre eux ignoraient complètement que les lignes directrices contenaient des dispositions relatives à la prise en compte des enfants lors de la détermination de la peine, et aucun n'a déclaré que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être

⁶⁹ United States Sentencing Commission, 28 U.S.C.A. § 994 (West, 2006) and Weinstein, J.B. (1996), 'The Effect of Sentencing on Women, Men, the Family, and the Community', 5 *Columbia Journal of Gender & Law* 169, in Lerer, T. (2013), 47.

⁷⁰ Bernstein, N. (2005), *All Alone in the World: Children of the Incarcerated*, (The New Press: New York & London), 33.

⁷¹ Voir le chapitre 3 pour l'article d'Heleen Lauwereys sur le pouvoir discrétionnaire et l'intérêt supérieur dans les tribunaux belges, où elle conclut que cinq des dix-sept juges qu'elle a interrogés « considéraient que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas pertinent dans la décision, et indiquaient qu'ils ne le prendrait pas en considération ».

⁷² In Minson, S. (en cours de publication), 246.

pris en considération. En outre, trois juges parmi les personnes interrogées ont estimé « la prise en compte des enfants à charge contraire à la justice »⁷³.

Le pouvoir discrétionnaire lié aux peines de durée indéterminée est un bon indicateur du cadre dans lequel fonctionnent les juges. Lucy Baldwin a écrit que ces derniers, au Royaume-Uni, continuent d'envoyer les mères en prison simplement « parce qu'ils le peuvent », et que « tant que les cadres de la détermination de la peine offriront aux magistrats une autonomie et une discrétion relatives, la détermination de la peine — en plus d'être incohérente — penchera vers les réponses les plus punitives⁷⁴ ». Néanmoins, lorsqu'un juge est sensible aux droits de l'enfant et aux précédents jurisprudentiels, un large pouvoir discrétionnaire peut l'aider à faire une évaluation capable de concilier l'infraction avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans son arrêt *S v M*, le juge Albie Sachs écrivait :

« Une approche véritablement de principe et centrée sur l'enfant nécessite un examen attentif et individualisé de la situation concrète, précise, de l'enfant concerné. Appliquer une formule prédéterminée histoire d'être sûr, sans tenir compte des circonstances, serait en fait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné⁷⁵ ».

Ce qu'il faudrait exiger, en d'autres termes, c'est l'évaluation des répercussions possibles de la sentence sur les personnes à la charge du délinquant. C'est ce point charnière qui suggère la nécessité d'une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant ; les juges devraient être mandatés pour tenir systématiquement compte de l'intérêt supérieur des enfants des délinquants, mais cette évaluation ne devrait pas entraîner une réponse déterminée d'avance.

4.4 Évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant

Une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant (qui adopte des noms différents en fonction du contexte et est qualifiée, selon les cas et entre autres de rapport, déclaration ou estimation d'impact sur l'enfant ou encore de rapport préalable à la peine⁷⁶), est un rapport officiel, remis au

⁷³ Ibid., 251.

⁷⁴ Baldwin, L. and Epstein, R. (2015), 21

⁷⁵ *S v M* § 24

⁷⁶ La mise en œuvre de ces types d'évaluations a été standardisée, en particulier dans le domaine des droits des réfugiés et des migrants, où le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) fait des Déterminations d'intérêt supérieur (DIS) après une évaluation initiale.

tribunal, qui évalue minutieusement la situation de l'enfant d'un prévenu confronté à une éventuelle peine privative de liberté. L'Observation générale n°14 de la CIDE (2013) sur le droit de l'enfant « à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale », insiste sur le fait que l'évaluation de cet intérêt supérieur devrait être « effectuée par l'autorité décisionnaire et ses collaborateurs – si possible une équipe pluridisciplinaire – et requiert la participation de l'enfant. »⁷⁷ Le même document stipule ce qui suit :

Quand une décision qui aura des incidences sur un enfant en particulier, un groupe défini d'enfants ou les enfants en général doit être prise, le processus décisionnel doit comporter une évaluation de ces incidences (positives ou négatives) sur l'enfant concerné ou les enfants concernés. L'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant requièrent des garanties procédurales. En outre, la justification d'une décision doit montrer que le droit en question a été expressément pris en considération. À cet égard, les États parties doivent expliquer comment ce droit a été respecté dans la décision, à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels.

78

L'affaire *S v M* (Afrique du Sud, 2007 ; voir le chapitre 2) offre là encore un bon exemple de cette procédure. Compte tenu du caractère central du statut de la prévenue en tant que responsable des enfants à titre principal dans son appel devant la Cour constitutionnelle, le juge Albie Sachs a demandé à ce que trois parties indépendantes se penchent sur la situation des enfants en question : un *curateur ad litem*, un *amicus curiae* et des travailleurs sociaux livrant plusieurs rapports au *South African Department of Social Development*. Non seulement une équipe multidisciplinaire de chercheurs était chargée de préparer des évaluations séparées de la situation familiale de la prévenue, mais en outre cette équipe comprenait des chercheurs indépendants, sans lien avec le tribunal, alors que, dans certains contextes, cette responsabilité incombe au personnel du service de probation⁷⁹.

⁷⁷ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale n°14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par.1), 29 mai 2013, CRC / C / GC / 14, par. 47.

⁷⁸ Ibid., para. 6c.

⁷⁹ Voir par exemple Minson, S. (en cours de publication), Lerer, T. (2013) and ter Vrugt, P. (2018).

Intégrer l'évaluation de l'intérêt supérieur des enfants comme procédure standard dans la détermination de la peine est la principale recommandation que font les experts des droits de l'enfant pour une réforme des peines plus favorable à ce dernier. Le projet COPING a recommandé que les évaluations posent des questions pour déterminer : si le prévenu a la responsabilité principale d'un enfant ; quels changements se produiraient dans la vie de l'enfant si cette personne était emprisonnée ; qui prendra soin de l'enfant et où il vivra ; et, en cas de peine privative de liberté, si son domicile est à une distance accessible du lieu de détention pour permettre les visites ⁸⁰. Conformément à l'article 12 de la CIDE, qui stipule que « les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toutes les questions l'intéressant », le projet COPING a proposé que les enfants soient consultés et que leurs voix soient prééminentes dans l'évaluation de leur intérêt supérieur, chose que la Norvège a normalisée dans ses lignes directrices sur la détermination de la peine ⁸¹.

Norvège : Des directives protectrices pour les mères

Les directives norvégiennes en matière de peines stipulent que, lors du jugement de la personne en charge d'un enfant, les services de protection de l'enfance et les « organisations externes telles que l'école ou la garderie » doivent être consultés par le tribunal afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. De plus, lorsqu'ils le jugent approprié, les tribunaux doivent entendre les opinions ou préférences des enfants quant à la détermination de la peine de la personne ayant leur charge ⁸²

Idéalement, les évaluations d'intérêt supérieur viendraient entre les mains des juges le plus tôt possible lorsqu'un parent a affaire au système de justice pénale, en partant d'avant le moment de l'arrestation, mais surtout lorsqu'on envisage une détention provisoire. Un chercheur a noté que, dans le contexte américain, les déterminations de peines ont tendance à se calquer sur les déterminations de cautionnement antérieures au procès et a suggéré que des évaluations d'intérêt supérieur soient effectuées quand des sanctions préalables au jugement sont décidées ⁸³.

⁸⁰ COPING Project, 97.

⁸¹ Paurus, M. (2017), 'International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries', Children of Incarcerated Caregivers: Minneapolis, 38.

⁸² Ibid.

⁸³ Lerer, T. (2013), 46.

Annexes

Die Vater Kind Gruppe in der JVA Nürnberg



Annexe I. Termes et définitions importants

Amicus curiae : une personne ou une entité qui fournit des arguments à un tribunal concernant un litige en cours mais qui n'est pas partie prenante à ce litige. Les *amicus curiae* sont généralement des experts, ou font autorité sur une question dans l'affaire concernée ; ces arguments sont destinés à aider le tribunal à arriver à une décision.

Critère de fixation d'une peine de durée déterminée : un critère prescrivant une durée d'emprisonnement fixe pour les peines basées sur un ou plusieurs crimes particuliers.

Critère de fixation d'une peine de durée indéterminée : un critère ne prescrivant pas de durée d'emprisonnement fixe pour les peines applicables à un ou plusieurs crimes particuliers, bien qu'il y ait généralement une période minimale d'incarcération.

Curateur ad litem : également connu sous le nom de tuteur ad litem et de tuteur à l'instance. Il s'agit d'une personne nommée par un tribunal pour le compte d'un individu (généralement un enfant ou une personne incapable de veiller à son propre intérêt) dans une affaire judiciaire.

Détention provisoire (dite « détention préventive » dans certains pays) : La détention d'une personne, accusée d'un crime, qui n'est pas en mesure de déposer une caution pour sortir de prison avant un procès ou qui n'en a pas obtenu le droit. La détention provisoire peut inclure la détention pendant la phase du procès.

Directives régissant la détermination des peines : orientations officielles, destinées aux tribunaux, sur les peines à prononcer pour des crimes particuliers et variant selon les juridictions. Ces directives énoncent des considérations dont le tribunal devrait tenir compte, y compris des facteurs qui atténueraient ou augmenteraient la sévérité de la peine. Ces derniers peuvent inclure la conduite ou la culpabilité de l'individu condamné, sa situation personnelle, y compris le fait qu'il soit ou non responsable principal d'enfants, et le niveau de préjudice subi par la victime.

Expériences négatives de l'enfance (ACE) : événements vécus par un enfant qui sont potentiellement traumatisants ou ont pour conséquence de miner le sentiment de sécurité, de stabilité et de lien avec les parents. L'emprisonnement d'un parent figure parmi ces événements, de même que les violences physiques, émotionnelles et sexuelles, la négligence physique et

émotionnelle, la maladie mentale, la violence envers la mère, le divorce et la toxicomanie. Il a été démontré que les ACE sont corrélés à de multiples facteurs de risque de santé intervenant dans plusieurs des principales causes de décès chez les adultes, parmi lesquelles la maladie physique et mentale et la toxicomanie ⁸⁴. Les ACE peuvent également avoir un impact sur l'éducation, et plus tard, sur l'emploi. Il a été démontré que leurs effets négatifs sont atténués par une intervention appropriée ⁸⁵.

Évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant : évaluation entreprise dans le cadre de procédures juridiques où des décisions doivent être prises affectant le statut d'un ou plusieurs enfants. Cette évaluation prend en compte les situations particulières des enfants concernés, en équilibrant différents éléments pour garantir que le résultat de la procédure sera le plus approprié pour leur bien-être. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies stipule que ces évaluations, ainsi que les déterminations de l'intérêt supérieur de l'enfant qui en découlent, doivent être administrées par les autorités décisionnaires et leur personnel, idéalement une équipe multidisciplinaire, et qu'elles nécessitent la participation de l'enfant ⁸⁶.

Parent psychologique : personne qui fournit à un enfant des relations, une compagnie et une interaction quotidiennes, remplissant auprès de lui le rôle matériel et psychologique de parent et lui apportant un soutien affectif et financier ⁸⁷.

Parentalité positive : telle que définie dans la Recommandation Rec (2006) 19 du Conseil de l'Europe sur la politique de soutien à la parentalité positive, c'est une conception du comportement parental « fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant, qui vise à l'élever et à le responsabiliser, qui est non violent et lui fournit reconnaissance et assistance, en établissant un ensemble de repères favorisant son plein développement. »

Peine privative de liberté : sanction pénale imposée lorsque l'infraction commise justifie la détention selon le code pénal d'un pays, ou lorsqu'un tribunal constate qu'un délinquant présente un risque pour le public.

⁸⁴ Felitti, V.J. et al. (1998).

⁸⁵ Voir COPING project and 'Preventing Adverse Childhood Experiences (ACEs): Leveraging the Best Available Evidence', National Center for Injury Prevention and Control (Division of Violence Prevention), Center for Disease Control and Prevention: Atlanta, 2019.

⁸⁶ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), par. 47.

⁸⁷ Goldstein, J., Freud, A. and Solnit, J. (1979).

Personne responsable d'un enfant à titre principal (ou principal dispensateur de soins, tuteur principal, personne en charge d'un enfant ou ayant sa garde, etc.) : personne assurant l'essentiel des soins et de l'éducation d'un enfant ou l'ayant sous son autorité.

Principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : L'article 3.1 de la CIDE stipule que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant, y compris celles rendues par les tribunaux. Ce principe présuppose une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, bien que cela reste largement débattu (pour une discussion plus approfondie, voir la section 2.2 de cette boîte à outils).

Principe de prépondérance : un principe de droit introduit dans le Children Act de 1989 (Royaume-Uni), stipulant que, dans les décisions concernant l'éducation d'un enfant ou l'administration de ses biens, le bien-être de l'enfant doit être une considération prépondérante de l'autorité décisionnaire. La solution choisie doit être celle qui bénéficie le plus au bien-être de l'enfant à la lumière de tous les facteurs pertinents.

Annexe II. Normes pour la protection des droits de l'enfant

A. Normes internationales	46
B. Normes régionales	48
C. Normes nationales	51

A. Normes internationales

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989) est le principal texte sur les droits de l'enfant. Elle fournit les normes les plus étendues et parmi les plus rigoureuses à appliquer, lors des procédures pénales, quand le prévenu est parent d'un enfant. Les articles suivants concernent plus particulièrement cette situation :

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.

Article 9.1 : Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant [...].

Article 9.2 : Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.⁸⁸

Le développement de la recherche et une prise de conscience vis-à-vis des enfants concernés par l'emprisonnement d'un parent ont incité le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, l'organe directeur de la CIDE, à publier un rapport en 2011 comprenant des recommandations pour la jurisprudence :

⁸⁸ United Nations Committee on the Rights of the Child, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, 30 September 2011, para. 30.

Le Comité souligne que, lorsqu'on détermine la peine de parents et de personnes responsables d'enfants à titre principal, des peines non privatives de liberté devraient, dans la mesure du possible, être prononcées de préférence à des peines privatives de liberté, y compris avant et pendant le procès. Des alternatives à la détention devraient être proposées et appliquées au cas par cas, en tenant pleinement compte des effets probables des différentes peines sur l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants concernés ⁸⁹.

L'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté cette terminologie en 2009 avec ses **Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants**, qui comprennent les conditions suivantes :

Lorsque l'unique ou le principal responsable de l'enfant risque d'être privé de liberté au titre de la détention provisoire ou à la suite d'une condamnation, des mesures et des peines non privatives de liberté devraient être décidées lorsque cela est possible, l'intérêt supérieur de l'enfant étant dûment pris en considération ⁹⁰.

2010 a vu l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies **des Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes**, plus connues sous le nom de Règles de Bangkok (ville où elles ont été rédigées). Ces règles comprennent des dispositions sur les peines des mères ayant des enfants à charge :

Règle 2.2 : Avant ou au moment de leur admission, les femmes ayant à leur charge des enfants doivent être autorisées à prendre pour eux des dispositions, dont éventuellement l'obtention d'une suspension raisonnable de leur détention, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants.

⁸⁹ United Nations Committee on the Rights of the Child, *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*, 30 September 2011, para. 31.

⁹⁰ Adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 18 décembre 2009, para.48. Les Lignes directrices incluent ensuite les conditions suivantes concernant les enfants nés en prison : Les États devraient tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'ils décident de retirer ou non les enfants nés en prison et les enfants vivant en prison avec un parent. Le retrait de ces enfants devrait être traité de la même manière que les autres cas où la séparation est envisagée. Tous les efforts doivent être faits pour garantir que les enfants qui restent en garde à vue avec leurs parents bénéficient de soins et d'une protection adéquate, tout en garantissant leur propre statut d'individus libres et l'accès aux activités dans la communauté.

Règle 58 : [...] les délinquantes ne doivent pas être séparées de leurs familles ni de leurs communautés sans que leur situation et leurs liens familiaux aient été dûment pris en compte. S'il y a lieu et à chaque fois que possible, des mesures de substitution, telles que les mesures de déjudiciarisation, les mesures de substitution à la détention provisoire et les peines de substitution, doivent être appliquées aux femmes qui commettent des infractions.

Règle 61 : Pour apprécier la peine à appliquer aux délinquantes, les tribunaux doivent être habilités à envisager de faire jouer des circonstances atténuantes telles que l'absence d'antécédents judiciaires et la non-gravité relative et la nature du comportement criminel, en tenant compte des responsabilités qu'ont les intéressées en tant que dispensatrices de soins et de leur situation particulière.

Règle 63 : Les décisions relatives à la libération conditionnelle anticipée doivent tenir dûment compte des responsabilités des détenues en tant que dispensatrices de soins ainsi que de leurs besoins particuliers de réinsertion sociale.

Règle 64 : Les peines non privatives de liberté doivent être privilégiées, lorsque cela est possible et indiqué, pour les femmes enceintes et les femmes ayant des enfants à charge, des peines privatives de liberté étant envisagées en cas d'infraction grave ou violente ou lorsque la femme représente encore un danger et après la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants, étant entendu que des solutions appropriées doivent avoir été trouvées pour la prise en charge de ces derniers.

B. Normes régionales

La principale norme européenne pour la protection des droits et du bien-être des enfants de parents emprisonnés n'a été adoptée que récemment par le Conseil de l'Europe. Publiée en 2018, la **Recommandation CM / Rec (2018) 5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus** fixe des lignes directrices, quoique non contraignantes, au niveau européen pour sauvegarder les droits des enfants lors de la détermination de la peine. Elle se distingue de normes plus larges, telles que celles relevant des Nations Unies mentionnées ci-dessus, en ce qu'elle recommande des procédures détaillées de protection de l'enfant, en plus

de réarticuler les droits de l'enfant tels qu'énoncés dans les textes des Nations Unies cités plus haut. Entre autres, elle suggère que les tribunaux devraient s'efforcer d'incorporer des mesures spécifiques pour encourager le maintien de la relation parent-enfant, par exemple des programmes parentaux, lorsque l'intérêt de l'enfant est en jeu ; et elle considère que les organismes gouvernementaux devraient collaborer pour protéger le bien-être des enfants. Les recommandations suivantes sont les plus pertinentes pour le processus de détermination de la peine :

2. Lorsqu'une peine privative de liberté est envisagée, il convient de prendre en considération les droits et l'intérêt supérieur de tout enfant concerné et de recourir, dans la mesure du possible et, si approprié, à des mesures alternatives à la détention, en particulier lorsque le parent a la responsabilité à titre principal de l'enfant.

10. Sans préjudice de l'indépendance de la justice, avant toute ordonnance judiciaire ou condamnation à l'encontre d'un parent, il convient de tenir compte des droits et des besoins de ses enfants et des incidences potentielles sur ces derniers. Le pouvoir judiciaire devrait étudier la possibilité de suspendre raisonnablement la détention provisoire ou l'exécution d'une peine privative de liberté pour les remplacer par des sanctions ou des mesures appliquées dans la communauté.

41. Afin de promouvoir la parentalité positive, il convient de prêter attention, dans le projet d'exécution de la peine, à des programmes et d'autres interventions qui favorisent et développent une relation positive entre l'enfant et le parent. Parmi les objectifs spécifiques en matière de soutien et d'apprentissage figurent notamment la préservation et l'exercice, dans la mesure du possible, du rôle parental pendant la détention, l'atténuation des effets de la détention sur les enfants, le développement et le renforcement d'une relation enfant-parent constructive et la préparation du parent et de ses enfants à la vie familiale après la sortie de prison.

49. Les autorités nationales compétentes devraient adopter une approche multiservice et multisectorielle afin de promouvoir, de soutenir et de protéger

efficacement les droits des enfants dont les parents sont incarcérés, notamment leur intérêt supérieur. Il s'agit de coopérer avec les services de probation, les communautés locales, les écoles, les services de santé et de protection de l'enfance, la police, les médiateurs pour enfants ou autres responsables de la protection des droits de l'enfant, ainsi qu'avec d'autres organismes concernés, notamment les organisations de la société civile qui apportent un soutien aux enfants et à leur famille.

La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant fournit de larges orientations pour l'adoption d'une législation tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle insiste particulièrement sur le besoin de protéger l'enfant d'une séparation d'avec sa mère :

Article 4 :

Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera la considération primordiale.

- (1) Dans toute procédure judiciaire ou administrative affectant un enfant qui est capable de communiquer, on fera en sorte que les vues de l'enfant puissent être entendues soit directement, soit par le truchement d'un représentant impartial qui prendra part à la procédure, et ses vues seront prises en considération par l'autorité compétente, conformément aux dispositions des lois applicables en la matière.

Article 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.

Article 30 :

Les Etats parties à la présente Charte s'engagent à prévoir un traitement spécial pour les femmes enceintes et les mères de nourrissons et de jeunes enfants qui ont été accusées ou jugées coupables d'infraction à la loi pénale et s'engagent en particulier à :

- a. 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 ces mères ;
- b. établir et promouvoir des mesures changeant l'emprisonnement en institution pour le traitement de ces mères ;
- c. créer des institutions spéciales pour assurer la détention de ces mères ;
- d. veiller à interdire qu'une mère soit emprisonnée avec son enfant ;
- e. veiller à interdire qu'une sentence de mort soit rendue contre ces mères ;
- f. 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.

C. Normes nationales

Dans toute l'Europe et dans le monde, des progrès considérables ont été accomplis afin de mettre en place des pratiques de détermination de la peine plus favorables aux enfants. En voici quelques exemples :

Le Protocole d'entente entre le Ministère de la Justice, l'Ombudsman pour l'enfance et l'adolescence et Bambinisenzasbarre ONLUS (membre de COPE, Italie), adopté en Italie en 2014, a inspiré le CM / Rec (2018) 5 du Conseil de l'Europe. Le Protocole d'entente donne des orientations sur la détermination de la peine parentale dans la section « Décision relative aux ordonnances, aux jugements et à l'exécution de la peine », dans laquelle il déclare :

Les Autorités judiciaires seront sensibilisées et encouragées, notamment :

1. à prendre en considération, au moment du choix de la mesure provisoire, les droits et les besoins des enfants mineurs de la personne sous arrestation, en accordant la priorité, le cas échéant, aux mesures alternatives à la détention provisoire afin d'en assurer le maintien de la relation parentale;
2. à appliquer les limites de contact entre personnes détenues en détention provisoire et le monde externe, de manière à ne pas violer le droit des mineurs à rester en contact avec le parent absent, en respect de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant;

3. à prévoir, pour les parents détenus ayant des enfants mineurs, des mesures d'exécution pénale prenant en considération l'intérêt supérieur de ces derniers;
4. à considérer comme facteur primordial les besoins des enfants mineurs, en s'engageant dans la mise en œuvre d'une discipline de permissions spéciales et de sorties des parents détenus.

L'article 145, paragraphe 5, du **Code de procédure pénale** français dispose que chaque fois qu'un prévenu a l'autorité parentale exclusive sur un enfant de moins de seize ans, le tribunal doit évaluer la situation de l'enfant avant la détention provisoire. Cette section se lit comme suit :

Le placement en détention provisoire d'une personne faisant connaître, lors de son interrogatoire par le juge d'instruction préalable à la saisine du juge des libertés et de la détention, qu'elle exerce à titre exclusif l'autorité parentale sur un mineur de seize ans au plus ayant chez elle sa résidence ne peut être ordonné sans que l'un des services ou l'une des personnes visés au septième alinéa de l'article 81 ait été chargé au préalable de rechercher et de proposer toutes mesures propres à éviter que la santé, la sécurité et la moralité du mineur ne soient en danger ou que les conditions de son éducation ne soient gravement compromises. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables en cas de crime, en cas de délit commis contre un mineur ou en cas de non-respect des obligations du contrôle judiciaire.

Arrestations et mesures préalables à l'arrestation

En accord avec la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, la **Lituanie** a interdit toute arrestation de femmes enceintes et de personnes élevant un enfant de moins de trois ans ⁹¹. Aux **Pays-Bas**, la police est tenue d'exécuter un « contrôle sur les enfants » avant l'arrestation d'un parent. En outre, lors des formalités d'entrée en détention, les fonctionnaires doivent poser des questions qui permettront de déterminer si le détenu a des enfants et si des dispositions ont été prévues pour leur prise en charge ⁹².

Détention provisoire

Le **Cambodge** interdit la détention provisoire pour les femmes enceintes et les mères, lorsque des dispositifs ne sont pas disponibles ou convenables pour la garde des enfants, et les tribunaux **indiens** sont tenus de prendre en considération la situation familiale des condamnés, y compris les grossesses, au moment où la libération sous caution est accordée ⁹³. Aux **Fidji**, une libération sous caution peut être octroyée quand les deux parents sont en détention et qu'il n'y a pas de prise en charge appropriée pour les enfants⁹⁴.

Peines non privatives de liberté

En **Ecosse**, le Criminal Justice and Licensing Act de 2010 stipule qu'aucune peine privative de liberté égale ou inférieure à trois mois ne peut-être prononcée pour l'ensemble des justiciables, sauf si un tribunal « estime qu'aucune autre disposition n'est appropriée ». La possibilité de supprimer toutes les peines allant jusqu'à douze mois est en délibération depuis 2019 ⁹⁵.

Un certain nombre de pays autorisent les femmes enceintes et les mères de jeunes enfants ou d'enfants handicapés à purger des peines non privatives de liberté, notamment **l'Argentine** (pour les enfants de moins de cinq ans) ⁹⁶, le **Brésil**, le **Costa Rica**, **l'Équateur**, le **Salvador**,

⁹¹ Code pénal lithuanien, Article 49(6), in 'The United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty' (Chapter 10: 'Children living in prisons with their primary caregivers'), Nowak, M. (auteur principal), 2019, 384.

⁹² Verhagen, A., Claes, B. and Elsbeth, K. (2019), 'Children and incarcerated parents: A Dutch perspective on recovery-focused work', *European Journal of Parental Imprisonment* 8, 9.

⁹³ Etude mondiale des Nations Unies sur les enfants privés de liberté, 380.

⁹⁴ Etude mondiale des Nations Unies sur les enfants privés de liberté, 381.

⁹⁵ Final Business and Regulatory Impact Assessment: The Presumption Against Short Periods of Imprisonment (Scotland) Order 2019'.

⁹⁶ Paurus, M. (2017), 38.

l'Italie (pour les enfants de moins de dix ans), le **Pérou**, le **Mexique** et le **Nicaragua** ⁹⁷. Il en va de même en **Colombie** ; en 2012, une loi constitutionnelle a étendu cette prérogative aux pères responsables à titre principal ⁹⁸. En **Tunisie**, toutes les femmes dispensatrices de soins à titre principal sont théoriquement éligibles à la détention à domicile ⁹⁹. Au **Danemark**, en **France**, en **Grèce**, en **Italie** et en **Ukraine**, l'exécution des peines peut être aménagée, y compris par mesures non privatives de liberté ¹⁰⁰.

La **Grèce** autorise les mères d'enfants de moins de huit ans condamnées à une incarcération allant jusqu'à dix ans à purger leur peine, ou ce qu'il en reste, en détention à domicile ¹⁰¹. En **Ouzbékistan**, les détenues enceintes ou ayant des enfants de moins de trois ans se voient accorder des « droits annexes » basés sur l'évaluation de l'exécution de leur peine par l'administration pénitentiaire. En particulier, elles ont la possibilité de terminer leur peine en dehors de la prison ou de quitter l'établissement pénitentiaire afin de prendre des dispositions pour leurs enfants ¹⁰².

Les mères condamnées en **Norvège** peuvent purger leur peine dans des *mødrehjem* (foyers pour mères) ou des établissements de réadaptation. Dans certains cas, elles purgent une peine non privative de liberté ou effectuent des travaux d'intérêt général en lieu et place d'une peine en détention ¹⁰³.

Peines avec sursis

Un certain nombre de pays accordent aux condamnées des peines avec sursis pendant leurs grossesses (**Vietnam**, **Laos** et **Palestine**), après l'accouchement (jusqu'à six mois en **Iran**; un an en **Ouzbékistan** et un an et demi au **Laos**) ou jusqu'à ce que leur enfant ait un âge donné. Au **Kirghizistan**, la suspension de la peine est accessible aux primo-délinquantes enceintes ou ayant des enfants de moins de 14 ans ¹⁰⁴. En **Norvège**, les mères condamnées y ont droit jusqu'à ce que

⁹⁷ 'UN Global Study on Children Deprived of Liberty', 382.

⁹⁸ Parus, M. (2017), 38.

⁹⁹ 'UN Global Study on Children Deprived of Liberty', 379.

¹⁰⁰ Ibid., 384.

¹⁰¹ Ibid., 385.

¹⁰² Ibid., 380.

¹⁰³ Parus, M. (2017), 38.

¹⁰⁴ Ibid.

leur enfant atteigne neuf mois ¹⁰⁵. En **Croatie**, les juges ont le pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution de peine des mères d'enfants de moins de six mois ¹⁰⁶.

Peines différées

Plusieurs pays, dont **l'Algérie**, le **Tchad**, les **Pays-Bas**, la **Suède** et la **Norvège** accordent aux mères de jeunes enfants une peine différée d'une durée raisonnable afin qu'elles puissent organiser leur garde ¹⁰⁷. En **Géorgie**, les incarcérations sont reportées pour les femmes enceintes ou ayant accouché dans l'année. En **République tchèque**, l'emprisonnement peut être différé jusqu'à ce que l'enfant atteigne un an ¹⁰⁸.

En **Algérie**, au **Tchad** et en **Slovénie**, une peine différée est possible pour un parent condamné si son conjoint est déjà incarcéré afin d'assurer une continuité auprès des enfants ¹⁰⁹. En **Égypte** et en **Palestine**, un sursis à l'exécution de la peine de l'un des parents est autorisé quand la mère et le père d'un enfant de moins de quinze ans sont tous deux condamnés à une peine de prison ; il en va de même au **Yémen** pour les parents purgeant des peines de moins d'un an et sans emprisonnement précédent si leur enfant a moins de treize ans ¹¹⁰.

¹⁰⁵ Paurus, M. (2017), 38.

¹⁰⁶¹⁰⁶ Brett, R. (2018), 7

¹⁰⁷ Parus, M. (2017), 38.

¹⁰⁸ UN Global Study on Children Deprived of Liberty', 385.

¹⁰⁹ Brett, R. (2018), 7 and 'UN Global Study on Children Deprived of Liberty', 380.

¹¹⁰ Paurus, M. (2017), 38 and 'UN Global Study on Children Deprived of Liberty', 381.

Annexe III. Bibliographie

Adalist-Estrin, A. 'The Impact of Trauma on Children in Child Welfare Systems'. Talk delivered at Pennsylvania Children's Roundtable Summit. April 2015. Seven Springs, USA.

Baldwin, L. and Epstein, R. (2015). 'Short but not sweet: exploring the impact of short sentences on mothers'. *European Journal of Parental Imprisonment* 2(Child impact assessments and sentencing). 20-22.

Bernstein, N. (2005). *All Alone in the World: Children of the Incarcerated*. The New Press: New York & London.

Brett, R. (2018). 'Best Interests of the Child when Sentencing a Parent: Some reflections on international and regional standards and practice'. Self-published.

Children of Prisoners: Interventions and mitigations to strengthen mental health [COPING] (2013). Jones, A.D. and Wainaina-Woźna, A.E. (eds.). University of Huddersfield, UK.

Children of Prisoners Europe (2018). 'Establishing Baselines: Data collection towards better safeguarding children with a parent in prison'. Montrouge, FR.

Constitutional Court of South Africa. *S v M (CCT 53/06) [2007] ZACC 18; 2008 (3) SA 232 (CC)*.

Council of Europe. *Recommendation CM/Rec(2018)5 of the Committee of Ministers to member States concerning children with imprisoned parents*.

Donson, F. and Parkes A. (2016). 'Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective'. *Probation Journal* 63(3). 331-346.

Epstein, R. (2014). 'Mothers in prison: The sentencing of mothers and the rights of the child'. Howard League What is Justice? Working Paper 3. Howard League for Penal Reform, UK.

Felitti, V.J. et al. (1998). 'Relationship of Childhood Abuse and Household Dysfunction to Many of the Leading Causes of Death in Adults: The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study'. *American Journal of Preventive Medicine* 14(4). 245-258.F

House of Lords of the United Kingdom. *Children Act 1989, S. 108(2)*.

Jacobson, J., Heard, C. and Fair, H. (2017). 'Prison: Evidence of its use and over-use from around the world'. Institute of Criminal Policy Research, London.

Jones, A. 'Child Blind Justice'. Paper presented at INCCIP conference, March 2017. Rotorua, NZ.

Lerer, T. (2013). 'Sentencing the Family: Recognizing the Needs of Dependent Children in the Administration of the Criminal Justice System'. *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 9(1). 24-57.

McGrath, K. (2005). 'Protecting Irish children better: The case for an inquisitorial approach in childcare proceedings'. *Judicial Studies Institute Journal* 5(1). 136-152.

Millar, H. and Dandurand, Y. (2018). 'The Best Interests of the Child and the Sentencing of Offenders with Parental Responsibilities'. *Criminal Law Forum* 29. 227-277.

Minson, S. (in publication). *Maternal Sentencing and the Rights of the Child*. Palgrave Socio-Legal Studies.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 'Convention on the Rights of the Child'. United Nations (1990). Geneva.

Organisation of African Unity [African Union]. *African Charter on the Rights and Welfare of the Child OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990)*.

Paurus, M (2017). 'International Report on the Conditions of Children of Incarcerated Parents: A Survey of Prison Nurseries'. Children of Incarcerated Caregivers: Minneapolis.

Reed, C. (2014). 'Children of prisoners: 'Orphans of justice'?' *Fam Law*, 69.

Skelton, A. and Mansfield-Barry, L. 'Developments in South African law regarding the sentencing of primary caregivers' in *European Journal of Parental Imprisonment* 2(Child impact assessments and sentencing, 2015), 14-15.

Smith, P.S. and Ugelvik, T. (eds.). *Scandinavian Penal History, Culture and Prison Practice: Embraced by the Welfare state?*. London: Palgrave (2017).

Sormunen, M., ed. 'The best interests of the child: A dialogue between theory and practice'. Council of Europe (2016).

South African Constitutional Assembly. *The Constitution of the Republic of South Africa, 1996*.

Ter Vrugt, P. (2018) 'Innocent, forgotten and punished: Rights of children of imprisoned mothers in the Netherlands'. Master thesis, Maastricht University department of Criminal Law and Criminology.

United Nations Committee on the Rights of the Child. *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*. 29 May 2013, CRC/C/GC/14. United Nations. Geneva.

United Nations Committee on the Rights of the Child. *Report and Recommendations of the Day of General Discussion on "Children of Incarcerated Parents"*. 30 September 2011. United Nations. Geneva.

'United Nations Global Study on Children Deprived of Liberty'. Nowak, M. (lead author). United Nations (2019).

Verhagen, A., Claes, B. and Kamphuis, E. 'Children and incarcerated parents: A Dutch perspective on recovery-focused work'. *European Journal of Parental Imprisonment* 8(The child's best interests: From theory to practice when a parent is in conflict with the law, 2019). 9-12.

Walmsley, R. (2017). 'World Female Imprisonment List: Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners'. Fourth edition. World Prison Brief and Institute for Criminal Policy Research.

Weinstein, J. (1997). 'And Never the Twain Shall Meet: The Best Interests of Children and the Adversary System'. *University of Miami Law Review* 52(79). 86-97.