



CHRONICLE **CHRONIQUE** CRÓNICA

Contenu	Page
3° Protocole facultatif à la CDE	
Un nouveau Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies	Jean Zermatten 4
Le Protocole facultatif vue sur le Réseau international sur les droits de l'enfant (RIDE)	Veronica Yates 8
Ratifier CDE 3PF	Benoît van Keirsbilck 12
Impact du 3PF sur le fonctionnement de la CDE	Justice Renate Winter 15
Et si le Pakistan ratifiait le Protocole Facultatif 3?	Abdullah Khoso 18
L'expérience du Comité africain d'experts pour les droits et le bien-être de l'enfant	Professeuse Julia Sloth-Nielsen 21
L'avocat de l'enfant entre mythe et réalité	Amaury de Terwangne 25
Tribunaux des mineurs	
Les enfants ne sont-ils que des adultes miniatures?	Juge Len Edwards (ret) 31
La détermination de la peine pour un jeune autochtone de moins de 18 ans en Canada	Juge Daniel Bédard 35
À la croisée des chemins entre justice pour mineurs, soins et protection	Juge Andrew Becroft 39
Rencontre annuelle du Conseil des tribunaux de la jeunesse et des mineurs du Pacifique Sud	Emily Bruce 42
Évaluation en 15 points d'un système judiciaire pour mineurs	SPCYCC 46
Plan en dix points pour une justice pénale équitable et efficace pour les enfants	Penal Reform International & Interagency Panel on Juvenile Justice 50
La famille	
Mères porteuses en Inde un système en mutation	Anil Malhotra 55
Rubrique de la Trésorière, La Chronique	Avril Calder 58, 61
La rubrique des contacts	59
Bureau et Conseil 2010- 2014	60
Conférence internationale de 25 ans CRC	L'Université, Leiden, Pays-Bas 62

La CDE et le 3e protocole facultatif

Au moment d'écrire le présent éditorial, nous apprenons que le Costa Rica est devenu le 10^e pays à ratifier le 3^e Protocole facultatif à la Convention sur les droits de l'enfant, ce qui signifie que celui-ci entrera en vigueur dans trois mois dans les pays concernés.

Jean Zermatten, dernier Président du Comité de la CDE a rédigé un bref historique du parcours du Protocole ainsi qu'un résumé des dispositions qui permettront aux enfants de porter plainte pour violation de leurs droits auprès du Comité de la CDE

Valerie Yates, Directrice du Réseau international pour les droits de l'enfant (RIDE) nous parle du combat que les ONG menèrent sans succès pour tenter d'inclure les groupes de pression dans le Protocole, mais aussi des espoirs de succès que le nouvel instrument inspire.

Benoît Van Keirsbilck, Directeur de *Defence for the Child International* en Belgique, a

aimablement accepté la publication de sa présentation visant à encourager la ratification du 3PF par les États. Il s'agit d'un aide-mémoire précieux concernant les dispositions du nouveau protocole facultatif.

Notre dernier Président, **la juge Renate Winter**, siège, comme vous le savez, au Comité de la CDE. Renate est bien au fait des problèmes pratiques posés par la mise en vigueur du 3PF et son article apporte un éclairage sur ces questions.

Abdullah Khoso du Pakistan aborde le sujet de son point de vue de Coordinateur pour le Pakistan de l'organisme *Save the Children*.

La Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (1990, appliquée depuis 1999), rédigée en complément de la CDE va plus loin et intègre une procédure de communication. **Professeure Julia Sloth-Nielsen** siège au Comité qui reçoit et traite les dossiers. Elle nous explique le fonctionnement de ce Comité, décrit deux des affaires entendues et explore les différences entre la CD complétée par ses trois protocoles facultatifs et la Charte africaine.

Je aimerais aussi attirer votre attention sur l'article très éclairant de la professeure **Professeure Charlotte Philips*** publié en janvier dans le dernier numéro de Chronique.

Les enfants et les tribunaux

Comme nous le savons, la représentation juridique d'un enfant est un sujet sensible et difficile. Je suis heureuse de pouvoir publier ici un article du professeur Amaury Terwangne, un avocat au Barreau de Bruxelles fort bien placé pour nous instruire du rôle multiple joué par l'avocat représentant des enfants. Le 3PF en ajoutera un autre!

L'article du juge **Leonard Edwards**, aujourd'hui à la retraite, expose magnifiquement le chemin parcouru au XX^e siècle avant d'arriver à traiter un enfant pour ce qu'il est. L'expression anglaise *adult time for adult crime* a été largement utilisée et rebattue. Il est donc important de noter que la Cour Suprême américaine a amorcé un retournement vers le concept original du tribunal des mineurs de sorte que l'on peut espérer une remise à l'honneur de l'idéal de réhabilitation par les législatures d'État.

Les premières nations Cree et Inuit du Québec comptent environ 28,000 personnes dont 40 à 50 % n'ont pas 18 ans. **Le Juge Daniel Bédard** raconte le déroulement des audiences à la Baie James et dans les Territoires Inuits; là-bas, la cour peut prendre connaissance judiciaire des paramètres systémiques et historiques et doit tenir compte de l'héritage culturel dans l'optique d'une justice réparatrice.

Pacifique Sud

Les deux conférences tenues dans le Pacifique Sud en 2013 sont d'un intérêt particulier.

La première fut la Conférence australienne sur la justice juvénile intitulée *Changing Trajectories of Offending and Reoffending*. Elle eut lieu en mai à Canberra, Australie et le juge Andrew Becroft, juge en chef de la cour juvénile de Nouvelle-Zélande y présenta son opus « *From Little Things, Big Things Grow* », *Emerging Youth Justice Themes in the South Pacific*, dont je publie ici le chapitre portant sur l'interaction entre les tribunaux des mineurs et ceux de la famille. D'expérience, je sais que les enfants sont habituellement, quoique pas toujours, sujets aux procédures des deux instances à différents moments de leur vie.

La seconde conférence fut la rencontre annuelle du South Pacific Council of Youth and Children's Courts (SPCYCC), en septembre en Nouvelle-Zélande. Alors conseillère juridique du Juge Becroft, **Emily Bruce** prit la parole lors de cette rencontre qui prolongeait le thème de la conférence de Canberra, pour tirer les leçons pertinentes des systèmes judiciaires réservés aux mineurs dans le Sud Pacifique, tout en faisant référence au Programme de développement judiciaire du Pacifique.

Lors du SPCYCC, on a aussi fait d'un outil très utile permettant d'évaluer la nature et les qualités d'un système judiciaire pour mineurs. Je le reproduis ici avec un plan en dix points pour un système judiciaire des mineurs juste et efficace, tel que conçu par les organismes **Prison Reform International** et **International Juvenile Justice Panel** auxquels nous appartenons. Les deux « guides » sont complémentaires.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

Le recours à une mère porteuse est de plus en plus disponible aux couples sans enfant, un sujet que **Anil Malhotra**, avocat en Inde, connaît fort bien, à tel point même qu'il a écrit un livre sur le sujet et produit un article très éclairant sur ce phénomène dans son pays.

La Chronique

Cette édition de la Chronique est ma quinzième. J'aimerais remercier le Conseil éditorial, la juge retraitée Ginette Durand-Brault et tous les contributeurs pour leur soutien sans faille.

Pendant mon mandat de rédactrice en chef, j'ai reçu de nombreux compliments sur la Chronique qui est, je crois, une publication très estimée.

Je pense aussi que le temps est venu de passer la main à quelqu'un de nouveau. C'est pourquoi j'aimerais que l'un ou l'autre de nos membres qui serait intéressé à poursuivre sa publication lors du prochain mandat se manifeste.

Le rôle de rédacteur est exigeant, mais aussi gratifiant puisqu'il porte à travers le monde l'engagement de ceux qui partagent les principes de notre Association.

Enfin, permettez-moi d'exprimer à tous nos membres mes vœux de bonheur, de santé et de prospérité pour l'année 2014 ainsi que ma hâte de les revoir.

Avril Calder

chronicle@aimjf.org

Skype account: aimjf.chronicle

Un message du président et du secrétaire général

Les membres savent que nous avons dû reporter le Congrès mondial de 2014 qui devait être tenue à Foz d'Iguaçu d'à la fin de Mars. Les associations brésiliennes et argentines ont travaillé très dur pour préparer le Congrès. Malheureusement, le climat financier difficile qui prévaut actuellement dans les régions du monde ont rendu impossible la tenue du Congrès de AIMJF en Amérique du Sud.

Le Comité d'organisation local et le pouvoir exécutif sont très désolés pour la déception et les inconvénients du report peut entraîner pour les membres.

L'exécutif envisage actuellement des options pour la mise en scène du Congrès mondial et l'Assemblée générale et communiquer avec le Conseil et les membres dès que nous le pouvons.

Un nouveau Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies : améliorer le respect des droits de l'enfant

Jean Zermatten



Lors de l'Assemblée générale de l'ONU de décembre 2011, **un 3e Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après la CDE) a été adopté** pour concrétiser la requête légitime des enfants, de leurs représentants, des ONGs, et de la Communauté internationale dans son ensemble de donner aux enfants la possibilité d'avoir une voie de recours au niveau international, en cas de violations de leurs droits. Il s'agit du **Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications**¹ et nommé familièrement OPIC. Ce texte s'inscrit dans la droite ligne de la décision du 17 juin 2011, du Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU a adopté par consensus et avec la patronage de 59 Etats² demandant à l'Assemblée Générale des Nations Unies de consacrer la compétence du Comité des droits de l'enfant de recevoir et examiner des plaintes individuelles d'enfants pour violation de leurs droits, comme aussi des communications interétatiques et de mener des procédures d'enquête en cas de violations systématiques des droits. Voilà donc la voie ouverte pour que les 196 Etats de l'ONU signent et ratifient ce nouvel instrument international. Au jour de l'écriture de cet article 36 Etats ont signé cet OPIC et 6 seulement l'ont ratifié. Il faut 10 ratifications pour son entrée en vigueur et l'on espère qu'à la fin 2013, ces 10 ratifications auront été réunies.

Quelques étapes

La CDE a institué pour surveiller l'application des droits de l'enfant un Comité, doté de compétences décrites aux arts. 43 à 45, dont la tâche principale est d'examiner les rapports périodiques des Etats parties. Dès le départ, la possibilité d'une procédure de communications a été évoquée et défendue par les ONGs, mais n'a pas trouvé d'écho favorable de la part des Etats, si bien que le Comité des droits de l'enfant (ci-après le Comité) ne dispose actuellement d'aucune compétence de recevoir des communications individuelles ou étatiques, ni celle de mener des enquêtes. Situation unique puis que tous les autres organes de traité sont dotés de compétences en matière de communications individuelles ou étatiques.

Il est intéressant de noter, en effet que hormis le Comité CRC, les huit autres organes de traité ont ou auront, dès l'entrée en vigueur des dispositions prévues à cet effet, la compétence d'examiner des communications provenant de particuliers.

Depuis 1989, de nombreux événements importants ont permis aux droits de l'enfant de s'imposer sur le plan universel et de devenir une réalité. L'idée d'une procédure de communication fut abordée lors du 10e anniversaire de la CDE ; néanmoins, à ce moment, le Comité n'était pas absolument convaincu de la nécessité d'un tel mécanisme et aucune initiative ne fut alors entreprise. En 2006, les discussions pour une procédure de communications reprennent, à l'initiative du groupe des ONGs spécialisées en droits de l'enfant. Dès ce moment, la campagne pour un 3^e Protocole fut lancée et s'amplifia progressivement. Une date importante : la journée consacrée en mai 2008 par le Comité qui organisa une réflexion sur le sujet, son principal souci étant de s'assurer qu'un tel mécanisme puisse être approprié aux enfants et réaliste. Au terme de cette discussion, le Comité décida unanimement de soutenir le projet d'établir une procédure de communications. La première consultation informelle, organisée dans le cadre du Conseil des Droits de l'Homme (CDH), fut convoquée à l'initiative de la Slovénie en janvier 2009 ; par la suite, la Slovaquie prit le rôle de leader du groupe des « Etats amis ».

Lors de la session de janvier 2009, les membres du CDH ont consenti à former un « groupe de travail » pour examiner la question du protocole facultatif. Le 17 juin 2009, ce même CDH a adopté par consensus une résolution (A/HRC/11/L.3) établissant un groupe de travail à composition non-limitée pour examiner la possibilité d'élaborer un protocole facultatif à la Convention. Ce groupe de travail tint sa première

¹ Adopté le 19.11.2011, par l'AG des NU, 89e session plénière, portant le no A/RES/66/138

² Résolution A/HRC/17/36

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

séance du 14 au 18.12 2009 et aborda 4 sujets particuliers:

- raisons et « *timing* » pour élaborer cette procédure ;
- mécanismes nationaux et internationaux existants et leur accessibilité et efficacité pour les enfants ;
- les droits spécifiques aux enfants ; et
- les implications d'une procédure de communication à la CDE.

Le Groupe des ONG, différents experts et des membres du Comité y sont intervenus et ont soumis leurs points de vue sur ces diverses questions.

Le CDH adopta en mars 2010 une nouvelle résolution (A/HRC/RES/13/3) prolongeant et modifiant le mandat du Groupe de travail afin qu'il élabore le projet protocole facultatif, en confiant la rédaction du texte au Président du Groupe de travail, M. Drahoslav Stefanek. Du 6 au 10.12.2010, le groupe de travail a tenu sa 2ème réunion de travail pour négocier le texte de projet. Au terme de cette première « ronde » de négociations, M. Stefanek a modifié le texte en tenant compte des observations des Etats et des experts, pour faire circuler une nouvelle proposition révisée, en janvier 2011. Le Groupe de travail s'est réuni une dernière fois, du 10 au 16 février 2011, pour un examen en détails de la proposition révisée. Après des négociations intenses et difficiles, le texte final issu de cette ultime négociation, a finalement été adopté par le Groupe de travail, non sans passablement de réticence de la part des ONGs, des experts et des deux membres du Comité qui avaient été invités à prendre part au meeting, mais sans possibilité d'intervenir dans les négociations. Le compromis final n'a été trouvé qu'en dernière minute, par un « package » proposé par M. Stefanek, et accepté comme tel, sans opposition. Le rapport du Groupe de travail et le projet soumis pour adoption n'ont été transmis qu'en avril 2011 et n'ont été débattus par le Conseil qu'à la session de juin et adopté, par consensus, le 17 juin 2011.

Contenu

Le principal acquis du « futur » Protocole réside, sans aucun doute, dans la possibilité de communications (ou plaintes) individuelles devant le Comité. Une plainte pourra être déposée par ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers qui allègue(nt) une violation des droits énoncés dans la CDE ou dans les deux protocoles facultatifs *sy* rapportant (art. 5, para. 1).

La question de la représentation de l'enfant a occupé de longues discussions et a finalement été traitée dans la partie sur les dispositions générales (art.3) La compétence du Comité de recevoir et examiner des communications individuelles couvre ainsi les trois instruments principaux (CRC, OPAC et OPSC) sans possibilité d'exclusion pour les Etats parties à plusieurs de ces traités.

La recevabilité de ces communications a fait l'objet de longues négociations ; les ONG et les experts ont rappelé l'importance d'être flexible dans le choix des critères de recevabilité pour que le processus soit effectivement accessible aux enfants et que ceux-ci puissent exprimer leur opinion. L'art.7 finalement accepté énumère les différents critères de recevabilité des communications individuelles; sa structure et son contenu s'inspirent des autres mécanismes existants.

Pour être recevable, une plainte doit donc répondre aux critères standards :

- elle ne doit pas être anonyme (lit. a),
- ni constituer un abus de droits (lit. c), ni être mal fondée (lit. f).
- elle doit aussi suivre la règle de l'exception des recours parallèles ou successifs (lit. d)
- et la règle de la non-rétroactivité (recevabilité « *ratione temporis* », lit. g).
- la règle de l'épuisement des recours internes (lit. e), a également été maintenue dans le texte.
- la lit. b, se contente de préciser que la plainte doit être faite par écrit.

Or, tout au long des négociations, les ONG et les experts ont insisté afin de que la procédure soit « *child-sensitive* » ; cette proposition a été rayée du texte final, réduisant la place de l'enfant dans la procédure de présentation de plaintes individuelles. Et finalement, la lit. h ajoute encore un critère temporel, en limitant la recevabilité ; la communication doit être présentée dans l'année suivant l'épuisement des recours internes.

Un deuxième élément important : la procédure d'enquêtes qui permettra au Comité d'entrer en action dès qu'il aura reçu des informations sérieuses sur des violations graves ou systématiques de la Convention ou des deux protocoles facultatifs. Les arts. 13 et 14 réglementent le déroulement et le suivi de la procédure d'enquêtes. Dans l'ensemble, celle-ci correspond à ce qui est prévu pour les autres organes de traité ayant aussi cette compétence.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

Suite à l'obtention de renseignements crédibles, le Comité peut charger certains de ses membres de mener une enquête, avec éventuellement une visite du pays (para. 1 et 2) ; l'enquête se déroule dans la confidentialité et avec la coopération de l'Etat partie concerné (para. 3). Si les procédures d'enquêtes sont considérées par les experts et les ONG comme un outil complémentaire aux communications individuelles, faisant partie d'un même ensemble, beaucoup d'Etats ont exprimé leurs réticences face à cette procédure tout au long du processus de rédaction. Ces délégations ont essayé de limiter au maximum l'implication de cette procédure, en maintenant son caractère facultatif et la possibilité pour les Etats de ne pas reconnaître cette procédure, par une clause de opt-out, qui fragilise l'ensemble du mécanisme d'enquêtes.

Troisième élément : l'art. 12 institue une procédure de communications interétatiques classique, facultative ; les Etats doivent faire une déclaration pour reconnaître la compétence du Comité de recevoir et examiner les plaintes interétatiques. Elle respecte aussi le principe de réciprocité (para. 2) et le Comité doit parvenir à un règlement à l'amiable (para. 3). Cependant, cette latitude est plutôt théorique : à ce jour, aucune présentation de communication interétatique au titre des divers instruments internationaux n'a été enregistrée. Cette disposition n'a ainsi pas suscité de grandes discussions.

De plus, le projet prévoit l'intégration des grands principes de la CDE (intérêt supérieur et droit d'être entendu), l'idée d'une procédure « childfriendly », la possibilité de mesures conservatoires, la protection des victimes et la confidentialité. Des règles de procédure devront être adoptées par le Comité.

Quelques déceptions

Les discussions menées n'ont pas permis d'introduire la possibilité des plaintes collectives, ce qui aurait été une innovation en matière d'organes de traités de l'ONU, ni la possibilité de renoncer à la possibilité de mettre des réserves, comme le fait le Protocole facultatif à la CEDAW. L'idée de trouver un consensus a mis un terme aux espoirs des esprits novateurs.

En février 2013, le Comité a adopté ses règles de procédure pour l'examen des communications individuelles des enfants, dans un texte nommé "Règlement intérieur au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications".

Notons que par rapport aux règles adoptées par les autres organes de traité, ces règles débutent par un chapitre intitulé "Principes généraux régissant le fonctionnement du Comité" qui comprend

- le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants. Il prend également en considération les droits et l'opinion de l'enfant ou des enfants, en accordant à l'opinion de l'enfant ou des enfants le poids voulu compte tenu de l'âge et du degré de maturité de l'intéressé ou des intéressés
- le principe de promptitude : traiter les communications avec promptitude et éviter tout délai inutile
- le principe de confidentialité : l'identité de toute personne ou groupe de personnes concernées par toute mesure prise au titre du Protocole n'est pas révélée publiquement sans le consentement exprès de l'intéressé
- les mesures de précaution : prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les personnes relevant de sa juridiction ne subissent aucune violation des droits de l'homme et ne fassent l'objet d'aucune forme de mauvais traitements ou d'intimidation du fait qu'elles communiquent ou coopèrent avec le Comité.

Ce premier chapitre est important car il indique ce qui est vraiment spécifique aux enfants dès le moment où ils sont parties à un procédure, fut-elle celle d'un organe de traité.

devant le Comité ou à sa représentation.

On aurait pu attendre ici un article consacré à la capacité d'un enfant pour agir. L'art. 1 par. 2 donne une indication assez vague

...le Comité prend toutes les mesures voulues pour que l'enfant ou les enfants ne soient pas l'objet de pressions inopportunes ou de tentatives de persuasion de la part de ceux qui agissent en leur nom.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

En fait, on ne trouve pas d'indications précises sur ce point excepté sur la question de l'auteur de la communication....

Si l'on essaie de résumer les art. 12 et 13 du Règlement intérieur, on peut conclure :

- que l'enfant peut déposer une communication (ou un groupe d'enfants, mais non de manière collective) lui-même, même si le droit national ne lui donne pas de capacité juridique
- que la question du discernement sera certainement centrale pour décider si l'enfant doit être représenté ou non
- que des tiers mêmes peuvent déposer des communications, au nom d'enfants avec ou sans leur consentement
- que le Comité va recevoir ces plaintes, y compris celles de tiers et qu'il doit alors examiner
 - s'il y a pression, ou manipulation
 - si le représentant représente bien l'intérêt de l'enfant et non d'autres intérêts
 - si le tiers qui dépose une communication sans le consentement de l'enfant, le fait dans l'intérêt de l'enfant
 - si d'une manière générale, indépendamment de qui a déposé la communication, si celle-ci sert l'intérêt de l'enfant.

Cette nouvelle compétence apparaît comme complémentaire au système de contrôle sur rapports classique pratiqué par le Comité, car les plaintes individuelles peuvent remplir trois importantes fonctions : l'étude de cas individuels sur des violations précises de droits doit conduire à faire cesser la violation et/ou même amener des compensations aux victimes ; le résultat de l'examen d'une communication ne profite pas uniquement à la victime de la violation, mais peut amener aussi des modifications de la législation et des pratiques internes des Etats ; enfin, une communication individuelle peut parfois révéler des atteintes graves et/ou systématiques de certains droits dans un Etat donné.

Enfin, n'oublions pas que l'exigence d'avoir épuisé les voies de recours internes a très souvent comme effet de conduire les Etats à mettre en place des instances domestiques, pour éviter un accès direct à l'organe de traité. Cela pourrait-il amener la Suisse à considérer l'opportunité de créer au niveau national une instance de plainte, telle que celle de nos vœux et comme le Comité l'a recommandé explicitement à la Suisse en 2002 ? L'avenir nous le dira.

Jean Zermatten*
8.9.2013

Lien :
http://www.humanrights.ch/home/fr/Instruments/ONU-Traites/Nouveau/idcatart_10105-content.html

Pacte sur les droits de l'enfant : le Protocole facultatif 3 – vue sur le Réseau international sur les droits de l'enfant (RIDE)

Veronica Yates



Présentation

Presque trois ans après les négociations finales qui donnèrent une procédure de communication à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, j'espère encore à l'optimisme.

Pour avoir participé à tout le processus de négociation du traité par le biais de sa rédaction, je voudrais ici revenir sur certains des combats et des problèmes rencontrés au cours de la démarche qui produisit le nouveau mécanisme. La faiblesse relative de la procédure de communication me incite parce qu'elle trahit le piètre statut généralement conféré aux droits de l'enfant.

Même si l'adoption du traité et son entrée en force constituent une bonne nouvelle¹, n'oublions pas que les enfants ont attendu presque 25 ans pour l'obtenir. Aucun autre groupe « distinct » de personnes n'a dû patienter si longtemps, ce qui représente une discrimination grave à leur égard.

Jusqu'en décembre 2011, la Convention sur l'enfant serait le seul traité prévoyant une procédure obligatoire de communication qui n'existait pas. Le Protocole facultatif du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (adopté en 2008, en vigueur en mai 2013) fut l'un des rares traités soumis à un long processus de négociation. D'autres furent, soit munis d'un mécanisme de plainte dès leur rédaction (torture, discrimination raciale, travailleurs migrants, disparitions forcées)², soit simultanément accompagnés d'un Protocole facultatif.

L'adoption du PF3 fut évidemment une réalisation majeure et le résultat très positif de la campagne

collective menée par des ONG. Nous devons, bien sûr, lui assurer une large ratification et une utilisation stratégique éventuelle susceptible de promouvoir les droits de l'enfant et un meilleur accès à la justice.

Pour y arriver, il nous faut réfléchir aux faiblesses de ce mécanisme. Pourquoi revenir sur le passé ? Parce que cela peut nous aider à trouver des moyens de contrer la faible portée des droits reconnus aux enfants en général, d'identifier toutes les options possibles et peut-être de changer les méthodes de travail que nous, militants, préconisons à partir de stratégies ou tactiques nouvelles.

Le maillon faible

Cette nouvelle procédure fut élaborée en cinq ans au cours de plusieurs rencontres de cinq jours, la dernière datant de février 2011. Les négociations avec les États autorisèrent un certain optimisme jusqu'aux derniers jours. En tant qu'ONG, nous avons rencontré peu d'opposition au cours des trois années de rencontres antérieures. Nous savions que les négociations seraient délicates sur certains points, dont celui des communications collectives et que des concessions seraient nécessaires. Or, l'issue de la ultime réunion se révéla autrement dramatique (une réunion onusienne à Genève)³.

Ce ne fut que lors des trois derniers jours de négociation que les États se mirent brusquement à émettre de sérieux doutes devant le texte alors qu'ils avaient été silencieux jusque-là. Selon la rumeur qui courait les corridors, certains États occidentaux faisaient sentir qu'ils s'opposeraient au traité afin d'éviter le blâme ou, vu le peu d'importance donnée aux droits des enfants, était-ce simplement qu'ils y avaient porté peu d'attention jusqu'à ce qu'ils réalisent l'imminence de son adoption?

Dans un effort ultime pour clore la réunion avec un accord quelconque, le Président du Groupe de travail chargé d'élaborer le traité proposa un arrangement à prendre ou à laisser qui, dans les faits, servira une sorte de menu où les États pouvaient choisir ce qui leur convenait⁴.

S'ensuivirent pendant quelques heures des rencontres officieuses d'arrière-scène et l'arrangement proposé plus ou moins accepté finit par donner aux enfants un mécanisme de plainte fragile, probablement le plus faible qui soit, ainsi que le disait Yanghee Lee, alors à la Présidence

1 Lors de la rédaction de cet article en novembre 2013, on comptait neuf ratifications et un nombre incertain de rapports indiquant que d'autres étaient à venir.

2 Voir le site internet du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Droits de l'Homme pour les détails concernant les procédures collectives de poursuite : <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/RTBPetitions.aspx>

3 Lire la couverture des négociations par le RIDE ici : http://www.crin.org/law/CRC_complaints/

4 Voir : <http://crin.org/resources/infodetail.asp?id=24154>

du Comité sur les droits des enfants des Nations Unies : « J'ai bien peur que nous venions de confirmer que les enfants ne sont que des mini humains dotés de mini droits, si l'on s'en tient au texte actuel. »⁵ Elle ajoutait aussi quelle désirait s'excuser auprès de tous les enfants pour ce qu'elle percevait comme un rendez-vous manqué : "J'exprime à chaque enfant mes profonds regrets devant le fait que nous n'avons pas pu reconnaître en lui le détenteur de droits".⁶

Tout n'est pas perdu

Le résultat? La disposition sur les *communications collectives* fut éliminée. Les États pouvaient ratifier la procédure en émettant des réserves ou ne pas opter pour la *procédure d'enquête*, quitte à annoncer leur décision d'admettre les *communications interétatiques*. Le seul élément positif restant était que les États ne pourraient pas se retirer de deux protocoles facultatifs, soit celui sur l'implication des enfants dans les conflits armés et celui sur la vente d'enfants, la prostitution d'enfants et la pornographie infantile. Il en résulte que si un État est partie à l'un des protocoles ou aux deux, une plainte pour violation peut être portée selon leurs termes.

Pour être admissible, une plainte doit alléguer une violation survenue après la ratification par l'État. Des *Mesures ad interim* étant possible au cas où la plainte est déclarée recevable, le Comité peut demander des mesures d'urgence à l'État concerné (par exemple, si la présumée victime risque de subir un préjudice irréparable pendant l'examen de la plainte).

Un État peut porter plainte contre un autre s'il croit que celui-ci n'a pas rempli ses obligations en vertu du Pacte international ou de ses deux protocoles facultatifs (les deux États devant être parties au troisième protocole facultatif). Mais il s'agit d'une démarche volontaire.

Il existe une *Procédure d'enquête* pour les violations graves ou systématiques. Si une telle information est transmise au Comité, il peut, par exemple, charger des membres de conduire une enquête et de visiter le pays à cette fin. L'État sujet à une telle enquête doit répondre dans les six mois. Il existe ensuite une procédure de suivi. Cependant, les États peuvent se retirer de cette procédure également.⁷

Regarder ailleurs à propos des communications collectives

La plus grande déception fut pour nous la suppression totale du processus de plainte collective. Prévue dans une version antérieure du

protocole facultatif qui appuyait le Comité sur les droits des enfants et plusieurs États⁸, la proposition d'une telle procédure aurait permis au Comité d'examiner des plaintes pour violation de la Convention sans identification précise des victimes ou groupes de victimes. Seule une preuve de la loi ou de la politique à la source de la violation aurait été requise. Ceci aurait été particulièrement utile vu la situation particulière des enfants, leur dépendance à l'adulte, leur vulnérabilité, leur âge (bébés ou très jeunes enfants) et leur incapacité d'accéder par eux-mêmes aux mécanismes de redressement dans bien des cas.

Peut-être était-ce peine perdue étant donné qu'aucune procédure de communication inhérente à d'autres traités onusiens ne l'autorise comme aussi peu de systèmes légaux domestiques. Il est toutefois techniquement possible de porter plainte sans identifier une victime, soit en vertu des Communications interétatiques pour défaut d'un État de remplir ses obligations aux termes du traité, soit dans le cadre des de la Procédure d'enquête de certains traités, pour autant que le Comité reçoive une information fiable dénonçant « des violations graves ou systématiques ».⁹

Aussi devrions-nous peut-être regarder ailleurs et évaluer toutes les options possibles. D'autres instances internationales comme le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant examinent des plaintes collectives [voir l'article de Professor Julia Sloth-Nielsen [page 21-Ed](#)].

On trouvera une procédure de plainte collective dans la Charte sociale européenne qui fut adoptée en 1995 en tant que protocole facultatif et mise en vigueur en 1998. Elle a été utilisée avec succès dans un certain nombre d'États européens¹⁰ pour résoudre des violations des droits en matière de travail des mineurs, d'éducation spéciale, de discrimination et de légalité des châtiments corporels impliquant des enfants.

À ce jour, 15 États membres sur 47 ont accepté la procédure de plainte collective et 103 plaintes en tout ont été déposées, dont sept récemment contre des gouvernements qui n'ont pas

8 Conseil des Droits de l'Homme, *Proposal for a draft optional protocol prepared by the Chairperson-Rapporteur of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure*, 1 September 2010, A/HRC/WG.7/2/2. Voir : http://www.crin.org/docs/ChairDraft_OEWG.doc.

9 Newell, Peter. *Collective communications . an essential element in the new Optional Protocol for the Convention on the Rights of the Child*, contribution to the first session of the Open-ended Working Group to explore the possibility of elaborating an optional protocol to the Convention on the Rights of the Child . September 2010. Voir : www.crin.org/docs/Collective_Communications_EN.doc.

10 Site internet du Conseil de l'Europe : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp

5 Mme Lee a cité les célèbres mots de Maud de Boer Buquicchio, Vice Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe

6 Voir ici pour plus de détails : <http://crin.org/resources/infodetail.asp?id=24181>

7 Pour de plus amples détails, voir le site web du Comité des Nations Unies pour les Droits de l'Enfant <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc>

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

explicitement interdit les châtimens corporels (Belgique, République Tchèque, Chypre, France, Irlande, Italie et Slovénie).

L'Unesco a aussi sa procédure de plainte par laquelle des personnes, des groupes et des ONG peuvent porter plainte devant le Comité sur les conventions et recommandations de l'organisme s'ils sont victimes directes ou collatérales de violations d'un droit tombant sous sa juridiction en vertu de la Déclaration universelle des droits humains, comme le droit à l'éducation (article 26), celui de participer à la vie culturelle et de partager des avancements scientifiques (article 27), le droit à l'information incluant la liberté d'opinion et d'expression (article 19), la liberté de pensée, de conscience, de religion (article 18), et la liberté d'association (article 20). Les personnes protégées sont les enseignants, les étudiants, les chercheurs, les artistes, les écrivains et les journalistes. La procédure est confidentielle du début à la fin.¹¹ En 2011, l'UNESCO avait examiné plus de 566 communications dont 360 avaient été réglées.¹²

La constitution du Bureau international du Travail prévoit une procédure de plainte en lien avec la protection de droits prévus par un certain nombre de Conventions du BIT, dont la Convention n° 138 sur l'âge minimal requis pour travailler et la convention n° 182 sur les formes de travail les plus incompatibles pour les enfants. La plainte est alors déposée contre un État membre partie à la Convention concernée et peut être examinée par un autre État membre ayant ratifié cette même convention, un délégué du BIT (chaque État membre dispose de deux délégués, l'un représentant les travailleurs, l'autre les employeurs), ou l'Organe directeur du BIT. Un individu ne peut porter plainte, mais un ONG pourrait, par exemple, se joindre à un délégué qui serait un chef syndical.¹³

Donner une chance au Protocole facultatif du PDE

Revenons au nouveau Protocole Facultatif. Même si nous avons été et sommes déçus, nous devons en tant qu'ONG et militants faire en sorte qu'il soit ratifié par le plus d'États possible. Dans nos campagnes de ratification, nous devons convaincre nos gouvernements de ne exclure aucune disposition, de collaborer lorsque requis et

de ne mettre aucune réserve. Il nous faut alors identifier les cas susceptibles d'être mieux gérés par le Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant que par toute autre procédure.

Une fois le Protocole en vigueur, nous devons, de concert avec les organisations nationales rechercher les enfants victimes et trouver quelles violations récurrentes pourraient être réprimées par lui en ciblant deux aspects collatéraux : trouver des enfants capables et désireux de porter plainte et identifier des organismes ou avocats prêts à s'occuper du dossier, un défi dans les deux cas.

Au Royaume-Uni, on entendait récemment des révélations concernant des modes de contraintes comportant une souffrance délibérément infligée à des jeunes en détention. Ces traitements inhumains ou dégradants ont touché plus de mille jeunes en dix ans sans que quiconque entreprenne une action légale ou cherche réparation.

La difficulté de trouver des plaignants constitue un défi pour plusieurs raisons variant d'un pays à l'autre.

Ce qui est universel, cependant, c'est que les enfants ignorent souvent que leurs droits ont été bafoués. Quand ils le savent, ils ont rarement accès à un remède quelconque, à un avis légal et probablement encore moins à une représentation juridique. Dans la plupart des pays, ils peuvent être tenus criminellement responsables, mais ne peuvent mandater un avocat sans l'intervention d'un adulte.

Ce n'est probablement pas seulement parce qu'ils sont des enfants. Il est probable que plusieurs plaintes ou poursuites collectives émanant d'adultes furent induites par des ONG, des représentants ou des avocats bien organisés à la recherche de victimes et nous devons, en tant que défenseurs des droits des enfants, agir de même.

D'une région à l'autre, il appert que beaucoup de violations graves et persistantes des droits humains des enfants (économiques, sociaux, civils et politiques) existent. Dans la plupart des pays, elles ont été montrées et dénoncées par diverses associations internationales oeuvrant pour les droits humains.

En plus de 20 ans depuis l'adoption du Pacte, nous avons soumis des centaines de rapports alternatifs à l'examen du Comité qui a procédé. Cependant, les gouvernements ne réagissent pas ou pas assez vite aux plaidoiries conventionnelles ou aux recommandations toujours reprises par le Comité sur les droits de l'enfant. Pourquoi cela? L'une des raisons est que l'on s'est peu servi de l'action légale ou des mécanismes régionaux ou internationaux de défense des droits humains pour contraindre les gouvernements à un plus grand respect des droits des enfants. Ceci démontre la nécessité de

11 Voir

: http://www.claiminghumanrights.org/unesco_procedure.html

12 Rendez-vous sur le site internet de l'UNESCO pour plus d'informations sur les poursuites

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15243&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

13 Voir le site internet du BIT pour plus d'informations : <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/complaints/lang-en/index.htm>, list of complaints to date:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/fp=1000:50011:3961898354:680607:::P50011_DISPLAY_BY:1

recourir à des méthodes plus énergiques et utiliser le Pacte l'instrument légal qu'il est. D'expérience, le nouveau Protocole devrait y contribuer.

La nécessité d'une action légale

Agir au plan légal n'est pas une idée nouvelle ou révolutionnaire, mais il faut d'expérience la promouvoir en impliquant plus de personnes et d'organisations, non seulement des avocats spécialistes des droits des enfants, mais tous ceux qui travaillent auprès des enfants aussi bien que ces derniers eux-mêmes.

Au Ride, nous discutons des manières de contribuer à ces efforts. Déjà, nous documentons des violations à travers le monde, nous transmettons des informations et des avis détaillés sur l'utilisation des mécanismes intéressés aux droits humains, incluant les procédures de communication. Nous publions régulièrement un bulletin informatique (e-newsletter) sur les stratégies de règlement des litiges et colligeons et distribuons les jugements importants provenant de toutes les régions qui citent et appliquent le Pacte. Pour faire mieux, le défi qui nous attend est celui de mieux aider les ONG à défendre légalement les droits.

Il y a quelques années, nous avons créé un wiki¹⁴ sur les droits de l'enfant dont l'objectif est de rassembler toutes les recommandations, observations ou cas de jurisprudence émanant de toute instance régionale et internationale oeuvrant pour les droits humains afin d'identifier les violations récurrentes dans chaque pays pour ultimement les associer à des recours possibles. Nous avons maintenant complété l'exercice pour près de 150 pays et nous en sommes à formuler nos prochains défis. Pour mieux connaître les voies de redressements, nous devons aussi rassembler des informations et des études de cas sur les défenses essayées sans susciter de réforme appropriée, sur le potentiel du droit domestique à lutter contre la violation des droits de l'enfant, sur les dispositions constitutionnelles utilisables, sur la portée réelle du Pacte et des autres instruments internationaux dans chacun des pays.

Statut juridique des droits de l'enfant

Répondre à ces questions constitue un prérequis à toute tentative de recours à un système international de poursuites, incluant la procédure prévue par le Pacte. Ceci nous amène à la seconde zone majeure de recherches que nous effectuons avec l'aide pro bono de la firme légale

White & Case qui prépare des rapports sur le statut juridique des droits de l'enfant dans presque chaque pays. Ce travail comprend entre autres l'étude de l'incorporation ou non du Pacte dans le droit national, le traitement des enfants au cours des procédures légales, leur accès à une aide juridique, la possibilité pour eux d'être représentés indépendamment de l'adulte, les mécanismes de plaintes disponibles incluant les plaintes collectives et les considérations pratiques reliées à la plainte pour violation.¹⁵

Notre intention est de démontrer, à même ces informations, comment utiliser les systèmes légaux nationaux pour attaquer les violations des droits de l'enfant, un prérequis à toute procédure de plainte régionale ou internationale en matière de droits humains.

Toutefois, savoir comment attaquer ces violations n'est qu'un début. La recherche ne sera utile que si nous identifions les partenaires nationaux disponibles. Il s'agit d'un problème puisque peu d'organismes de défense des droits de l'enfant sont capables d'assumer un tel travail. Dans bien des cas, ils ne sont pas autorisés à entreprendre une démarche de défense ou s'ils le font, ils peuvent manquer de l'expertise légale requise, la plupart des organismes de ce genre ne travaillant pas sur les droits de l'enfant. C'est pourquoi nous nous associons toujours plus avec des professionnels du droit, des cliniques juridiques et des ombudsmans qui ont mandat de recevoir des plaintes individuelles et collectives au nom des enfants.

En conclusion

Nous avons encore une longue route à parcourir avant que les enfants soient reconnus comme des détenteurs de droit, que ce soit à la maison, à l'école ou à la cour et il est peu probable que le Protocole facultatif y change quelque chose dans un futur immédiat. Du moins, il contribuera au développement d'une meilleure défense légale au plan national à travers de nouveaux partenariats avec les professionnels du droit. Ces partenariats peuvent mener à un meilleur financement des actions légales entreprises par les organismes de défense des droits de l'enfant. Au bout du compte, c'est le statut précaire des enfants et de leurs droits dans nos sociétés et dans un monde responsables des droits humains qui en profitera.

Veronica Yates, Directrice du Réseau international pour les droits de l'enfant - RIDE
Pour plus d'informations [Contact Corner page 59](#)

¹⁴ Un **wiki** est une application internet qui permet aux gens d'ajouter, modifier ou supprimer du contenu. Concernant le Wiki relatif aux Droits des enfants, l'idée est que le RIDE rassemble les recherches menées par des sources onusiennes locales et que les collaborateurs puissent contribuer aux sections relatives à la gestion des violations identifiées. Voir ici : http://wiki.crin.org/mediawiki/index.php?title=Questions_and_Answers

¹⁵ Plus d'informations et des exemples de rapports par pays sont disponibles sur notre site : <http://www.crin.org/law/legalstatusofthechild/>

Informations 3PC CDE

Benoît Van Keirsbilck

1

4

Dispositions clef du 3PF CDE

Articles 2 & 3 . Principes généraux à suivre par le Comité

- ❖ Le Comité doit interpréter les dispositions du PF de manière à assurer l'intérêt de l'enfant concerné et le respect de ses droits.
- ❖ Les nouvelles « Règles de procédure » doivent garantir des procédures adaptées à l'enfant.
- ❖ Le Comité a le pouvoir de refuser l'examen d'une communication qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

2

Qu'est-ce qu'une procédure de communication ?

- ❖ Le Protocole Facultatif sur la Procédure de Communication (3PF CDE) de la Convention sur des Droits de l'Enfant est un **traité international sur les droits de l'homme** permettant aux enfants, groupes d'enfants ou leurs représentants qui dénoncent une violation de leurs droits par leur État **d'informer et de porter plainte** devant le Comité des NU pour les Droits de l'enfant.
- ❖ Il s'agit d'un mécanisme **quasi-judiciaire**

5

Dispositions clef du 3PF CDE

Article 5 . Communications individuelles

Si la communication est soumise par un représentant d'une victime, le représentant doit :

- établir le consentement de la victime, ou
- démontrer qu'il était impossible de l'obtenir.

3

Comment fonctionne le 3PF CDE ?

QUI = Enfants victimes (individus ou groupes) ou leurs représentants

Comment = Déposer une plainte après épuisement de tous les recours nationaux pertinents

QUOI = Faire état de la violation des droits garantis par la CDE, le PF et / ou le PFCFA par un État partie à ce traité et au 3PF CDE

Où = Devant le Comité pour les Droits de l'enfant

6

Dispositions clef du 3PF CDE

Article 7 . Conditions d'admissibilité

Une communication est admissible :

- ➔ Si elle est écrite,
- ➔ Non anonyme,
- ➔ Si la violation n'a pas eu lieu avant l'entrée en vigueur du PF sauf en cas de violation continue,
- ➔ Si les recours nationaux sont épuisés, sauf si en cas d'inefficacité ou de durée induue,
- ➔ Si elle est soumise dans un délai d'un an après décision finale, sauf en cas d'impossibilité.

7

Dispositions clef du 3PF CDE

Article 13 . Procédure d'enquête sur les violations graves ou systématiques

- ❖ Mécanisme additionnel, optionnel (retrait).
- ❖ Ouvert à toute personne (pas seulement aux victimes).
- ❖ Informations fiables sur des violations graves ou systématiques.
- ❖ Épuisement des recours nationaux non requis.
- ❖ Confidentialité sauf informations transmises à l'État concerné.
- ❖ Possibilité de visiter le pays avec son accord.

10

Pourquoi ratifier le 3PF ?

Pour démontrer un engagement véritable de l'État à **traiter les droits de l'enfant avec sérieux**

8

Où en sommes-nous ?

28 février 2012 : Protocole ouvert à la signature et la ratification des États membres de l'ONU.

Au 7 juin 2013, **36 États ont signé le Protocole** et **6 États** (Thaïlande, Gabon, Allemagne, Bolivie, Albanie et Espagne) l'ont **ratifié**.

Le 3PF CDE **doit être ratifié par dix pays pour entrer en vigueur**, et ne sera en force que dans les pays ayant ratifié.

11

Pourquoi ratifier le 3PF ?

- ❖ Tous les États (sauf 3) ont ratifié la CDE (s'engageant à **respecter, protéger et appliquer** les droits de tout enfant).
- ❖ La ratification du 3PF **concorde** avec cet engagement.
- ❖ Il **renforce** le mécanisme de surveillance (l'objectif même visé par l'État).
- ❖ Le 3PF **ne crée pas de nouveaux droits**; il garantit simplement une meilleure application des droits existants.
- ❖ La CDE est le seul traité des NU dépourvu d'un tel mécanisme.
- ❖ Il est difficile de demander à d'autres États de le ratifier si l'Europe ne le fait pas.

9

Pourquoi le 3PF CDE est-il important ?

- ❖ Il **renforce** le mécanisme de surveillance de la CDE (seul traité des NU dépourvu d'un tel mécanisme).
- ❖ Il donne plus de **pouvoirs** au Comité et une plus grande capacité à assurer la surveillance de la CDE.
- ❖ Il permet au Comité de développer une **jurisprudence internationale** et d'interpréter avec autorité les dispositions de la CDE et des obligations des États.

12

Une ratification complexe ?

- ❖ **Pas besoin d'une analyse détaillée** : le protocole est semblable à toute autre procédure de communication.
- ❖ Il ne crée pas **de nouvelles obligations** pour l'État partie.
- ❖ Puisque l'État a ratifié la CDE (et d'autres traités onusiens & mécanismes de communication), elle constitue une conséquence logique.

13

Objectif du 3PF ?

- ❖ L'objectif du 3PF n'est pas de présenter autant d'affaires que possible au Comité.
- ❖ Le but est de compléter le mécanisme de surveillance de la CDE au niveau international (à l'échelle nationale, encourager les États à observer, évaluer, améliorer, outiller, rendre accessible leur propre mécanisme).
- ❖ La procédure favorise aussi le règlement à l'amiable des dossiers.

16

Des risques ?

Il est peu probable que le Comité soit encombré de plaintes. Le mécanisme sera négligé s'il ne bénéficie pas des moyens d'appuyer (finances et ressources humaines). En pareil cas, les enfants seront déçus en voyant que les promesses ne sont pas tenues. La longueur de la procédure. L'inefficacité de la procédure si les États n'appliquent pas la décision du Comité.

Mais le plus grand « Risque » est celui d'accroître le respect des droits des enfants

14

Conséquences de la ratification ?

- ❖ Chaque État devrait analyser, évaluer et renforcer les mécanismes NATIONAUX pour favoriser des solutions NATIONALES aux violations des droits des enfants.
- ❖ L'État doit réviser le statut juridique de l'enfant dans le système judiciaire.
- ❖ L'État doit s'assurer que les enfants (sous sa juridiction) sont bien informés concernant les mécanismes et le 3PF.
- ❖ L'État devrait intégrer le 3PF à la formation de tous les professionnels travaillant avec les enfants.

17

Visions de terrain ?

- ❖ La ratification revêt une grande importance symbolique.
- ❖ La ratification réaffirme l'engagement des États envers les droits des enfants.
- ❖ La société civile aura un grand rôle à jouer quant à l'information et l'accompagnement des enfants au cours du processus de plainte.

15

Conséquences (II) ?

- ❖ L'État doit donner des mécanismes de soutien aux enfants qui exercent leur droit de porter plainte (au niveau national et international).
- ❖ Il doit garantir aux enfants qui portent plainte un accès gratuit, facile et adapté à leur âge.
- ❖ Les États doivent soutenir la capacité de l'ONU de remplir cette nouvelle mission (en particulier le Secrétariat du Comité et l'Unité chargée de la procédure des plaintes des NU).

18

Réflexions finales ?

❖ Lorsqu'il convient d'aider un enfant à porter plainte au niveau international, un choix est à faire parmi les mécanismes internationaux:

- CEDH (plaintes individuelles en vertu de la Convention européenne pour les Droits de l'Homme)
- Court européenne de Justice
- Comité européen des Droits sociaux (CEDS)
- Autres instances créées par traité (droits civils, non-discrimination) CAT, CPT
- Groupe de travail sur la détention arbitraire

Benoît van Keirsbilck* Directeur, Défense des Enfants International,-Belgique

Impact du 3PF sur le fonctionnement de la CDE

Justice Renate Winter



Ratification

Finalement, nous y sommes, ou presque! Juste une ratification de plus (il en faut 10) par un État membre et le 3e Protocole Facultatif à la Convention sur les droits de l'enfant entrera en vigueur dans les trois mois.

Préparation pour la mise en œuvre :

- les Règles de procédures sont rédigées et approuvées,
- l'Unité des requêtes du Haut Commissariat aux droits de l'homme fonctionne depuis longtemps; elle est prête pour le 3PF (est-elle vraiment si l'on considère le déficit du personnel ?), et
- les membres du Comité sur les droits de l'enfant sont des professionnels élus initiés aux Règles de procédure susmentionnées.

Donc tout va bien, du moins en théorie. La pratique, comme toujours, pourrait offrir une autre image.

Considérations pratiques

Voyons, cher lecteur, comment fonctionnent les trois mécanismes, soit les plaintes individuelles, les enquêtes et les communications interétatiques, et si tout cela est réellement faisable. Et gardons à l'esprit que l'objectif fondamental du 3PF est de permettre aux enfants d'obtenir réparation en cas de violation de leurs droits par un État partie.

À cet effet, imaginons la situation suivante :

Un garçon de 12 ans originaire d'un État membre de la CDE vit dans le soi-disant « orphelinat » où sa mère veuve l'a placé. Son droit de recevoir la visite des membres de sa famille a été violé parce que le directeur de l'établissement n'a pas apprécié sa conduite et en représailles, a interdit ces visites pour une année. De plus, officiellement pour superviser l'enfant, toutes ses lettres à sa mère ont été ouvertes, censurées et souvent

retenues. C'est dire que son droit à la vie privée a été aussi violé. Que peut faire ce garçon?

Presque certainement, il ne fera rien, parce que, comme la plupart des enfants du monde, il ne sait même pas qu'il a des droits et que ces derniers ont été bafoués. Aussi admettez-vous, cher lecteur, qu'avant l'entrée en vigueur de 3PF, les enfants de notre planète devront être informés de leurs droits et des moyens de requérir leur application.

Imaginons que le garçon connaît ses droits. Va-t-il envisager de porter plainte? Très probablement, ici aussi, il s'en abstiendra. Il sait par expérience qu'une plainte signifie une punition supplémentaire et plus sévère encore.

En conséquence, vous admettez sûrement, cher lecteur, qu'un mécanisme de protection incontournable ou presque doit être mis en place l'intention des enfants de notre planète qui souhaitent se plaindre d'une violation de leurs droits avant l'entrée en application du 3PF.

Imaginons encore, aux fins des présentes, que l'État membre concerné a créé un mécanisme pour protéger les enfants qui veulent porter plainte. Le garçon désire maintenant envoyer une soi-disant « communication », qu'il appellera une lettre au Comité. Celle-ci ne peut être envoyée que si tous les recours prévus par l'État membre ont été épuisés. (Il existe bien sûr une procédure d'urgence qui n'a pas cette exigence, mais le droit à la vie privée et celui d'être visité par sa famille ne constituent peut-être pas une matière d'urgence).

Ici aussi vous conviendrez, cher lecteur, qu'il est vraiment ardu pour ne pas dire impossible pour ce garçon d'obtenir une décision finale sur son cas, l'enfant sachant bien peu des procédures et n'ayant pas l'assistance légale d'une personne informée en dépit du système de support légal gratuit instauré par l'État membre (que peu d'États membres ont de toute manière introduit dans leur système de justice pour les enfants victimes). Ici, vous admettez encore qu'un accès gratuit à l'aide juridique doit être offert aux enfants de la planète avant que le 3PF n'entre en vigueur.

Épuisement des recours de l'État

Imaginons que le garçon obtienne un jugement final durant son séjour à l'institution, ce qui, en soi, n'est pas assuré à cause de la durée habituelle d'une procédure, et supposons qu'il veuille dès lors écrire la lettre au Comité.

Il doit la rédiger dans l'une des langues des NU, soit l'anglais, le français, l'espagnol, le russe, le chinois ou l'arabe. Malheureusement, sa langue maternelle n'est aucune de celles-là (c'est le cas de nombreux enfants dans le monde) et l'école ne

lui a pas appris assez pour écrire une lettre de plainte dans quelque langue que ce soit.

Il est bien sûr possible à l'enfant de ne pas écrire, mais d'envoyer un dessin, une bande dessinée, un vidéo, un CD, un DVD, mais aucun de ces moyens n'est disponible pour la grande majorité des enfants du monde, sauf le dessin. Une fois encore, vous admettez, cher lecteur, que tous les enfants n'ont pas reçu en cadeau ce qu'il faut pour dessiner une image sur la violation de leurs droits, surtout quand les crayons, le papier, les enveloppes et les timbres ne sont pas à sa portée.

Disponibilité de l'aide

Évidemment, cher lecteur, vous me direz qu'un enfant qui s'adresse au CDE sera aidé par une ONG, un avocat, ses parents ou tuteurs et que, dès lors, crayons, papier, etc. seront sûrement disponibles comme aussi un support pour formuler la lettre ainsi qu'un interprète, sans parler des formulaires de plainte dactylographiés proposés sur internet.

C'est hélas précisément ce que la plupart des enfants victimes d'une violation de leurs droits n'ont pas : un adulte informé et désireux de les aider, et pour sûr, dans la plupart de cas, un accès au web pour s'informer par eux-mêmes. N'avons-nous pas dit que le 3PF a d'abord été créé pour ouvrir la voie au CDE en vue d'obtenir réparation pour les enfants en particulier ? Êtes-vous d'accord pour dire, cher lecteur, que l'assistance inconditionnelle d'un adulte doit être assurée à tous les enfants de la terre avant l'entrée en vigueur du 3PF ?

Une lettre est envoyée... à Genève

Imaginons que notre garçon a reçu pareille assistance et a pu enfin écrire sa plainte et l'envoyer à la CDE. Qui va la recevoir? Qui va faire quoi avec elle? Conformément aux mécanismes de plainte de toutes les instances créées par traité (la CDE ne fait pas exception), l'Unité des requêtes du Haut Commissariat aux droits de l'homme à Genève recevra cette lettre. Peu de personnes y travaillent puisque l'ONU doit faire des économies et traiter les plaintes de toutes les instances mentionnées plus haut. Espérons alors qu'il n'y aura pas trop d'enfants à la fois à porter plainte et pas trop de lettres provenant des autres entités; sinon, l'Unité sera débordée.

Celle-ci posera un premier regard sur la plainte pour voir si toutes les conditions mentionnées des Règles de procédure sont remplies, à défaut de quoi, elle refusera la lettre. Aussi, espérons que notre garçon et ses assistants les connaissaient et les ont remplies. Une tâche certainement pas facile pour un enfant n'est-ce pas, cher lecteur?

Après acceptation de la plainte...

Une fois qu'une communication est soumise au Comité pour examen et que l'Unité, dans un

premier temps, n'y voit pas de problèmes, le Protocole facultatif et les Règles de procédure déterminent si elle est admise, examinée et comment? Cela peut, bien sûr, prendre du temps, car lorsque le Comité accepte une plainte, il doit entrer en contact avec le gouvernement de l'État membre concerné et lui demander une réponse.

Le gouvernement a 6 mois pour répondre et si cette réponse n'est pas satisfaisante, le Comité a le droit de poser d'autres questions.

Quand tous les documents requis sont aux mains du Comité (et cela peut prendre beaucoup de temps), l'examen peut commencer.

Le Comité CDE

Vous admettez, n'est-ce pas, qu'il convient de savoir qui sont les personnes mandatées par le Comité pour examiner une affaire. Un mécanisme doit déterminer qui sera le décideur (le président du Comité, un sous-comité?), le réviseur (un membre du comité, un groupe de membres? Quid si un membre mandaté tombe malade, etc.) et comment établir la communication avec l'Unité (délai nécessaire, délai maximal? Qui doit obtenir la réponse des parties? Qui doit s'assurer que l'État partie applique les recommandations formulées?) Tout cela doit être défini clairement et sans ambiguïté avant que notre garçon soit contacté. Espérons qu'il aura de l'aide avant que, devenu adulte, il quitte l'institution, n'est-ce pas, cher lecteur?

Faire avancer la procédure

Il ne semble pas facile de voir quelle sorte d'accès au Comité sera réservé aux plaintes des enfants, n'est-ce pas? Cela est vrai surtout dans le cas des enfants qui ont vraiment besoin d'assistance parce que l'État membre ne collabore pas, refuse d'agir et peut essayer n'importe quoi en son pouvoir pour empêcher la plainte d'aller au Comité, prolonger la procédure et se soustraire à ses responsabilités parce que personne ne s'intéresse à l'enfant ou peut-être parce qu'il y a trop d'enfants sont victime d'abus, de mauvais traitements et de négligence au sein de l'État membre suspecté de violations massives des droits de l'enfant.

La procédure de plainte est déjà claire et plutôt typique d'une instance créée par traité;

- Les membres du Comité doivent être élus pour traiter les plaintes.
- Les rapports des membres sont écrits (délais?) et transmis à l'État.
- La réponse du gouvernement concerné (6 mois) est attendue.
- Suivent les discussions avec le gouvernement (qui veut bien coopérer).
- Enfin, le Comité surveille l'application de ses recommandations (si possible, les frais de transport n'étant pas remboursés aux membres du Comité); sinon la surveillance s'exerce à travers le rapport quinquennal

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

habituel) sur le pays, si le problème sévit encore).

Espérons, cher lecteur que le processus se déroulera en douceur et en temps opportun, car l'ampleur des abus faits aux enfants exige une action rapide.

Communication interétatique

Enfin, le Comité peut se saisir d'une communication interétatique, lorsqu'un État membre accuse un autre État membre de violations des droits de l'enfant. D'après vous, cher lecteur, à quelle fréquence ceci se vérifiera-t-il dans l'intérêt des enfants? Et combien de fois se verra-t-il d'un autre outil politique dans une bataille entre gouvernements d'États qui ne savent pas?

Considérant tous les embûches qui affectent l'implantation du 3PF, son impact seannonce plutôt faible à court terme. Mais peut-être sa jurisprudence fera-t-elle une différence dans un avenir lointain.

Certaines communications montreront les véritables problèmes à résoudre du fait que les États ne collaboreront pas. Des problématiques seront apportées par les ONG au nom des enfants, par des groupes d'enfants, lesquelles devront se résoudre par des décisions comportant des directives sur le développement des droits des enfants afin d'aider les États membres à ordonner leurs stratégies, à l'instar des jugements des Cours internationales.

Il reste qu'en ce monde global, le 3PF aura très certainement une grande importance pour tous les enfants de notre planète. Une fois encore, en conviendrez-vous, cher lecteur ?

Justice Renate Winter*

Membre CDE

Et si le Pakistan ratifiait le Protocole Facultatif 3 de la Convention des Nations Unies pour les droits de l'enfant? Abdullah Khoso



En 2012, les organisations de la société civile (OSC) ont pressé le gouvernement pakistanais à signer puis ratifier le Protocole Facultatif 3 (PF3) sur la Procédure de Communication relative à la Convention des Nations Unies pour les Droits de l'enfant¹. Le Child Rights Movement (CRM) . une coalition de plus cent organisations travaillant à la promotion et à la protection des droits de l'enfant au Pakistan . a déclaré que « le PF3 permet aux enfants individuels, aux groupes ou à leurs représentants de porter plainte auprès du Comité contre l'État, mais le gouvernement ne l'a pas signé, ni ratifié ». Lors de l'Examen Périodique Universel (EPU) du Pakistan en octobre 2012, la Slovaquie également a pressé le Pakistan à ratifier le PF3². Toutefois, la Slovaquie elle-même n'a pas signé ni ratifié le PF3.

Bureau de Plainte des Enfants (BPE)

L'une des raisons invoquées par le Pakistan vis-à-vis de son refus de signer et de ratifier le PF3 est que le pays « dispose déjà d'un Bureau de Plainte des Enfants (BPE) »³ ce qui voudrait dire que le Pakistan possède des mécanismes de

plainte solides, indépendants et efficaces, mais aussi que la situation dans le pays serait positive. Le bureau est placé sous la direction d'un ombudsman fédéral, il est donc légal⁴ et a mandata pour mettre en place un mécanisme de dépôt et de résolution concernant les points suivants:

- les plaintes émanant d'enfants et
- les plaintes concernant la mauvaise gestion par les agences fédérales (donc le Gouvernement Fédéral), mais
- **Pas** lorsque la mauvaise gestion est le fait d'agences provinciales (donc les Gouvernements Provinciaux).

Malheureusement, le BPE, aujourd'hui le Commissariat pour les Enfants (CE)⁵, sont vu imposer des limites juridictionnelles.

Une agence onusienne soutient les Bureaux de Plainte pour Enfants dans les bureaux provinciaux des ombudsmans, mais ils n'ont aucune portée sur le plan juridique.

Les organisations de la société civile sont véritablement préoccupées par le fait que le Bureau ne soit pas capable de jouer un rôle efficace⁶ et que ses objectifs/procédures soient complexes, voire peu respectueuses des enfants⁷.

Ombudsmans Provinciaux

Les provinces du Sindh, Khyber Pakhtunkhwa et du Punjab ont mis en place des lois provinciales et des bureaux provinciaux pour accueillir les ombudsmans. Ces bureaux provinciaux ont mandat pour apporter protection aux femmes, enfants et autres. Ces bureaux ne pourront pas agir de manière automatique mais devront attendre de recevoir une plainte en bonne et due forme de la part d'enfants lésés.

En outre, ces bureaux ne pourront gérer les affaires jugées dans les tribunaux, et ces derniers, au Pakistan, terminent rarement leur travail dans les délais impartis . parfois il faut des années⁸.

⁴ Ordre de création du Bureau de Wafaqi Mohtasib (Ombudsman), 1983

⁵ Le directeur du Bureau de Plainte des Enfants a été nommé par le Commissaire aux Enfants

⁶ Express Tribune (2013), Child Laws in Pakistan at <http://tribune.com.pk/story/487484/child-laws-in-pakistan/>

⁷ Mahmood, A (2011), Child Rights (Chapter) in the State of Pakistan & Children 2010; Société pour la Protection des Droits de l'Enfant (SPARC), Islamabad.

⁸ Le Comité pour les Droits de l'Enfant, conformément à l'Article 7(e) du PF3 peut accepter une plainte si l'État ou ses ministères ont , de manière disproportionnée, prolongé le procès ou sont peu enclins à poursuivre l'instruction de l'affaire

¹ Rapport des Parties Prenantes à l'Examen Périodique Universel du Pakistan : Avril 2012 L'Examen Périodique Universel (EPU) du Pakistan : La situation des Droits de l'enfant au Pakistan par le Child Rights Movement (CRM) du Pakistan

² Document relatif à l'EPU du Pakistan par le Bureau du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme : Recommandation numéro : 122:10

³ Société pour la Protection des Droits de l'Enfant (SPARC) (2013), La situation des enfants du Pakistan en 2012; Islamabad; page 10

Il existe un certain nombre d'affaires impliquant des jeunes qui sont en cours de jugement auprès de la Cour Suprême du Pakistan et par le Système Judiciaire pour Mineurs lequel dépend du Juvenile Justice System Ordinance (JJSO) de 2000. Cette Ordonnance a été rendue caduque le 6 décembre 2004 par la Haute Cour de Lahore qui l'a jugée irraisonnable, inconstitutionnelle et impossible à appliquer⁹ « car elle contenant d'importantes absurdités qui auraient généré de l'instabilité dans le système judiciaire pénal du pays ».

Le jugement disait que la JJSO était

« incohérente et en violation avec les Articles 4, 9 et 25 de la Constitution en sus d'être incompatible avec d'autres lois ».

Il était également indiqué que « les pseudo-droits des enfants » ne sont pas inscrits dans la Constitution du Pakistan et

que toute « disposition spéciale » accordant « des avantages supplémentaires » aux femmes et aux enfants

« ne peuvent permettre que les droits d'autres personnes soient remis en questions en vertu de ladite disposition¹⁰ (ou autres) de la Constitution ».

En 2005, le Gouvernement fédéral et les ONG ont porté le cas devant la Cour Suprême qui a réinstauré la JJSO jusqu'à ce qu'elle (la Cour Suprême) ait le temps de se pencher sur le problème. Par conséquent, quand une affaire implique la JJSO et finit devant la Cour Suprême, elle y reste à attendre une décision sur la constitutionnalité de la JJSO. Rien ne laisse prévoir que la Cour Suprême prenne sa décision dans un avenir proche. Le fait qu'une affaire puisse finir devant la Cour Suprême entraîne des retards avant que l'affaire soit entendue et finalisée par une *trial court* (l'instance judiciaire de base) sauf pour les affaires relatives à des cautions.

afin de soulager l'enfant ou d'améliorer la situation des droits de l'enfant ;

⁹ Amnesty International at <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ASA33/026/2005/es/482b9c27-d4a6-11dd-8a23-d58a49c0d652/asa330262005en.html>

¹⁰ Amnesty International at <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ASA33/026/2005/es/482b9c27-d4a6-11dd-8a23-d58a49c0d652/asa330262005en.html>

Recourir à tous les moyens envisageables afin d'établir une justice dans un pays.

Trois anecdotes montrant l'impact des retards sur les jugements

1. Depuis 2010, dans la prison Machh du Pakistan, 4 mineurs¹¹ vivent en isolement et attendent que leur appel d'une décision soit entendu par la Haute Cour du Balochistan. Tous ont été condamnés à la peine de mort pour meurtre¹².

2. En 2009, une jeune fille de 15 ans (A) a été continuellement violée par son oncle paternel, pendant plusieurs années, à Karachi. Elle était sur le point de mettre un terme à ses jours quand sa tante l'a sauvée et l'a amenée au Commissariat local de Mahmoodabad, où elles ont décrit le viol aux agents de police masculins. La police a arrêté le coupable mais l'a relâché le jour même sans aucune enquête. Après cette grande déception, sa tante l'a amené au Commissariat pour Femmes de Shahrah-e-Faisal, à Karachi, où le 1^{er} rapport pour information a été rédigé le 24 juin 2009 [Premier Rapport pour Information n°13/09 conformément à la Section 376 du Code Pénal du Pakistan]. Le Commissariat pour femmes l'a envoyée subir un examen médical, et ce sept jours après le dernier incident. Le rapport médical a prouvé qu'elle n'était plus vierge, mais cela ne prouvait nullement que la personne accusée était responsable. Aucune preuve n'a permis de montrer qu'elle avait été violée. Par conséquent, le coupable a été relâché dans l'année. La mère de l'enfant a indiqué [avec l'auteur, lorsqu'il travaillait avec SPARC dans son bureau de Karachi en 2009] qu'ils étaient extrêmement pauvres ; ils n'avaient pas les moyens de payer les frais de justice et les transports. Ils n'ont pas pu faire face aux gens et aux questions dans le Tribunal. Ils n'ont pas osé renvoyer l'affaire devant la Haute Cour, ce qui aurait représenté une humiliation pour eux.

3. En mai 2005, le Juge de District & Sessions Ghokti (province du Sindh au Pakistan) a prononcé une condamnation à mort à l'encontre d'Atteeq Ahmed pour meurtre en février 1999. Il a été arrêté le jour du meurtre. La District Court a ignoré le plaidoyer prenant en compte la jeunesse d'Atteeq et ne l'a pas renvoyé vers un médecin en vue d'une détermination de son âge (ossification). En avril 2006, lors de l'appel d'Atteeq, la Haute Cour du Sindh à Sukkar a référé l'affaire à un conseil de médecins, ce dernier a révélé qu'Atteeq

¹¹ Sarfaraz Shah avait 16 ans et Bhai Khan, Naseerullah et Zahor Ahmed avaient 17 ans à l'époque. Sources: CRIN at http://www.crin.org/docs/pakistan_final1.doc SPARC's annual report on the State of Pakistan's Children 2010 and 2011 [Chapter Administration of Juvenile Justice].

¹² Khoso, N.A. (2012): Justice for Juvenile Offenders, in Dawn Newspaper at <http://beta.dawn.com/news/688906/justice-for-juvenile-offenders>

était âgé de 12 ou 13 ans à l'époque du crime¹³. En février 2012 toutefois, l'appel d'Ateeq a été renvoyé par la Haute Cour du Sindh à Sukkar où le Tribunal n'a pas pris en compte l'âge indiqué sur le certificat médical. En 90 jours, Ateeq a fait appel de la décision¹⁴ auprès de la Cour Suprême du Pakistan. En août 2013, l'appel d'Ateeq a été accepté par le Cour Suprême et une date avait même été fixée pour l'audition de l'affaire. Ateeq est encore à la prison centrale de Sukkar-I.

Si la Cour Suprême considère Ateeq comme étant un jeune, sur la base du certificat médical, alors sa condamnation à mort sera convertie en prison à vie¹⁵, peine qu'il a déjà effectuée, et serait relâché. Si la Cour Suprême ne modifie pas la condamnation à mort, il peut encore faire appel auprès de la Cour Suprême et demander une révision du jugement ; si la demande de révision n'apporte rien à Ateeq, il pourra alors en appeler au Président du Pakistan¹⁶ lequel peut commuer sa condamnation à mort en peine de prison à vie. Mais pour y avoir recours, Ateeq devra peut-être attendre plusieurs années. Le père d'Ateeq confié au téléphone avoir dépensé trop d'argent dans le cadre de l'affaire d'Ateeq, en vain. « Je n'ai pas les moyens de régler les frais des avocats de la Cour Suprême, mais je me débrouille en empruntant à des membres de la famille », a-t-il déclaré.

L'affaire d'Ateeq n'est pas unique au Pakistan, un pays où de nombreux enfants n'ont pas épuisé tous les recours auxquels ils ont droit. Dans ce scénario, il serait peut-être impossible pour les enfants de demander de l'aide au Comité pour les Droits de l'Enfant. Peut-être qu'il convient de mettre en place des systèmes plus rigoureux quant à la protection des droits de l'enfant, notamment via un système judiciaire et quasi-judiciaire fort.

Comprendre le système

Un des aspects négatifs de ce système de plainte¹⁷ au Pakistan vient du fait que les personnes et les enfants ne connaissent pas les recours auxquels ils ont droit ; et même s'ils les connaissent, le temps et les ressources financières restent nécessaires pour que l'affaire soit examinée. Mais le problème le plus important est le fait que la population ne fait pas ou peu confiance à ses institutions chargées de rendre la

justice pour les enfants ; cela concerne la police, les tribunaux de 1ère instance, les avocats, les procureurs et les Commissaires. La corruption et le népotisme sont présents à tous les niveaux et découragent les enfants et leur famille d'avoir recours aux moyens de réparations existant au Pakistan.

Organisations non gouvernementales

Outre les tribunaux, les bureaux de plaintes et les commissaires, des institutions¹⁸ nationales et provinciales de défense des droits de l'enfant existent, mais aucune n'est assez puissante, forte et efficace pour traiter les cas individuels et collectifs d'enfants victimes d'abus, d'exploitation et de violence.

Ratification du PF3 par le Pakistan

Etant donné la nature des violations des droits de l'enfant, qui comprennent viols, meurtres, tueries extrajudiciaires, disparitions forcées, procès d'enfants grâce à des Lois Anti-terrorisme, etc., il est peu probable que le Pakistan ratifie le PF3 dans un avenir proche.

Même si à court terme le Pakistan ratifie le PF3, il paraît peu envisageable que des enfants pourront porter plainte auprès du Comité au vu de l'Article 7 (e) qui prévoit que tous les recours nationaux doivent avoir été épuisés. Si des enfants peuvent porter plainte auprès du Comité, s'ensuivront peut-être des complications pouvant mettre à mal leur sécurité. Il est possible également que des institutions étatiques influencent les témoins et les preuves.

A long terme, l'existence du PF3 permettra de changer drastiquement la vie des enfants au Pakistan, que ce dernier le ratifie, ou pas. Reste à espérer que l'existence même du PF3 pourra accroître la pression sur le Pakistan afin qu'il établisse des mécanismes judiciaires efficaces pour gérer les plaintes des enfants et qu'il rende ces informations accessibles au plus grand nombre d'enfants et de familles.

Abdullah Khoso est un étudiant de droits de l'homme et travaille avec Save the Children International au Pakistan dans la capacité des droits de l'enfant coordonnateur de la gouvernance. Vues dans cet article sont personnelles abdullahkhoso@hotmail.com

¹³ Child Rights International Network (2011); PAKISTAN: Inhuman sentencing in practice at <http://www.crin.org/resources/infodetail.asp?ID=24902>

¹⁴ JP 31/2012

¹⁵ Du fait qu'en vertu de la Section 12 de la JJSO, la peine de mort ne peut être appliquée à mineurs de moins de 18 ans)

¹⁶ En vertu de l'Article 45 de la Constitution du Pakistan, le président peut accorder sa grâce, des sursis et à commuer les peines prononcées par un tribunal, une cour ou tout autre autorité.)

¹⁷ Disponible à différents niveaux, forums et institutions)

¹⁸ Par exemple la KP Child Protection Welfare Commission, la National Commission for Human Rights, la Sindh Child Protection Authority)

Les droits des enfants en Afrique— l'expérience du Comité africain d'experts pour les droits et le bien-être de l'enfant

Professeuse Julia
Sloth-Nielsen



Le présent article fera d'abord un tour d'horizon sur le travail accompli par le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (Comité africain), organisme créé par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990) pour superviser son implantation. Suivront des explications sur cette Charte et les règles élaborées par le Comité africain en 2006 eu égard à la procédure de communication. Il sera ensuite fait état des décisions du Comité à propos de la première communication, soit dans le cas des enfants nubiens¹. En conclusion, nous évoquerons les défis et les questions procédurales qui se posent, incluant les pratiques qui peuvent servir à documenter un litige sur les droits de l'enfant au niveau international, une fois que le 3^e Protocole facultatif de la Convention sur les droits des enfants (CDE) sera en vigueur.

1. Tour d'horizon sur le travail du Comité Africain

La Charte africaine fut créée pour pallier à une impression générale selon laquelle le point de vue africain n'avait pas été assez pris en compte lors de la rédaction du CDE, puisque quatre pays africains seulement y étaient représentés².

Elle se veut complémentaire du CDE, même si plusieurs dispositions disent la même chose ou presque; d'autres renforcent la protection accordée eu égard à certaines pratiques sociales et culturelles préjudiciables telles que le mariage d'enfant, les enfants soldats, et l'emprisonnement d'enfants avec leur mère, entre autres.³ La Charte

(31 dispositions substantives contre 40 pour la CDE) ne statue que sur les responsabilités (ou devoirs) de l'enfant en proportion de sa maturité. Bien qu'elle ait été rédigée et adoptée en 1990, elle est entrée en vigueur en 1999 après avoir reçu les ratifications requises.⁴ À ce jour, 47 États parties l'ont ratifiée et le Comité africain est présentement en contact avec les Gouvernements africains qui ont encore à le faire pour atteindre à une ratification continentale universelle dans un futur raisonnable.

Les 11 membres du Comité d'experts sont élus par l'Assemblée des Chefs d'État de l'Union Africaine (ex-Organisation de l'Unité Africaine).⁵ Les premiers élus sont entrés en fonction en 2002. Le Comité se réunit ordinairement deux fois l'an pour une semaine; en comparaison, le Comité de la CDE le fait trois fois l'an pour 3 sessions d'une semaine. La première partie du millénaire fut consacrée à la rédaction des diverses règles de procédure du Comité. On peut dire que jusqu'en 2006, ce dernier a été peu productif. La communication provenant des États a été lente et, malgré le fait que la Charte exige la soumission d'un premier rapport dans les deux ans⁶ de la ratification, les premiers ne furent reçus pour étude qu'en 2007. À date, environ 17 rapports ont été révisés. Des informations récentes révèlent que six rapports seront soumis en 2014, ce qui défie la capacité du Comité de faire le travail durant ses deux semaines de sessions annuelles ordinaires.⁷

Le mandat du Comité d'experts tel que défini aux articles 42 à 45 du chapitre 3 de la Charte semble à première vue plus étendu que celui du Comité de la CDE. Sous le titre « mandat », l'article 42 lui donne comme tâches la cueillette et le traitement de l'information, l'ordonnance des évaluations interdisciplinaires de problèmes africains dans le domaine des droits et du bien-être de l'enfant, l'organisation de rencontres, le support des institutions nationales et locales au sujet des

Human Rights System: 30 Years after the African Charter on Human and Peoples' Rights 249-263 (Brill publishers, The Netherlands).

⁴ 15 ratifications étaient nécessaires pour une entrée en vigueur.

⁵ Chapitre 2 de la Charte, articles 32-37, décrit l'organisation et le mandat du Comité d'experts.

⁶ Article 43(1); des rapports réguliers sont exigés tous les 3 ans.

⁷ Le Comité est hébergé par le Département des Affaires Sociales de l'UA et n'a pas (encore) de lieu autonome lui permettant de fonctionner indépendamment de l'UA (traductions, locaux, assistance aux parties prenantes). Puisque l'agenda de l'UA est très chargé, il a été difficile de motiver les membres pour un plus grand nombre de rencontres.

¹ Cet article emploie les termes « décisions » et « découverte » du Comité de façon interchangeable.

² Seuls l'Algérie, le Maroc, le Sénégal et l'Égypte ont participé au processus de rédaction de la CDE. voir D Chirwa, (2002) The merits and demerits of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child 10(2) International Journal of Children's Rights 157.

³ G Bekker The African Committee on the Rights and Welfare of the Child in M. Ssenyonjo (2012)(ed) *The African Regional*

ASSOCIATION INTERNATIONALE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE

droits de l'enfant et la soumission de points de vue et de recommandations aux gouvernements. Il y est aussi question de formuler et de rédiger les principes et règles visant à la protection des droits des enfants, de coopérer avec les institutions ou organisations africaines, internationales et régionales, de superviser l'implantation de la Charte et d'interpréter ses dispositions.

L'article 43 régit la procédure de rapport déjà mentionnée. L'article 45 couvre les enquêtes que le Comité doit entreprendre sur « tout problème relevant de la présente Charte », ainsi que le mandat de demander aux États membres l'information nécessaire à l'implantation de la Charte. L'article 44 qui traite des communications sera discuté dans la section qui suit.

2. Structure de la procédure

En bref, l'article 44 portant sur la procédure de communication de la Charte ne comprend que 2 sections :

1. Le Comité peut recevoir une communication de tout groupe, personne ou organisation non gouvernementale reconnue par l'Union Africaine, un État membre ou les Nations Unies sur tout sujet couvert par la présente Charte.

2. Toute communication au Comité doit contenir le nom et l'adresse de son auteur et être traitée de manière confidentielle.

C'est dire que la procédure à suivre n'est pas évidente. Ne sont pas clarifiées des questions comme le niveau de preuve requis pour recevoir une communication, celle de savoir si la victime ou la personne ou le groupe dont les droits sont allégués violés doivent être informés de la communication et consentir à son dépôt, celle portant sur l'épuisement des recours au plan légal domestique et enfin, celle du traitement possible d'une communication pendant que d'autres processus ont cours ailleurs dans le système africain traitant des droits humains sur le même sujet.

C'est pourquoi, dès la première communication en vertu de la Charte reçue en 2006, le Comité a dû élaborer d'abord des « Directives sur la réception des communications »⁸. Celles-ci établissent des critères d'admissibilité sous trois aspects : l'auteur, la forme et le contenu de la communication.

Quant à l'auteur, les communications peuvent provenir de personnes incluant l'enfant et ses parents en tant que victimes ou leurs représentants légaux, de témoins, de groupes de personnes ou d'organisations non gouvernementales reconnues par l'Union Africaine, par un État membre ou une autre institution onusienne. Le plaignant doit spécifier s'il a été victime des violations des droits énoncés par la Charte ou s'il agit pour la victime ou une autre partie admissible. Cependant, une communication peut être présentée au nom d'une victime sans son accord à la condition de démontrer que l'auteur agit dans le meilleur intérêt de l'enfant. L'enfant victime capable d'exprimer ses opinions doit être informé des communications présentées en son nom.⁹ Selon Bekker¹⁰, ce droit de représentation est large (locus standi).

Concernant la forme de la communication, aucune n'est recevable si elle est anonyme, non écrite et si elle concerne un État non signataire de la Charte.¹¹

Le contenu doit comporter ce qui suit :

- La communication doit être compatible avec les dispositions de l'acte constitutif de l'Union Africaine ou avec la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant ;
- La communication ne doit pas être exclusivement basée sur des informations véhiculées par les médias ;
- Le problème ne doit pas avoir été l'objet d'une autre enquête, procédure ou réglementation internationale ;¹²

⁸ Le Comité est hébergé par le Département des Affaires Sociales de l'UA et n'a pas (encore) de lieu autonome lui permettant de fonctionner indépendamment de l'UA (traductions, locaux, assistance aux parties prenantes). Puisque l'agenda de l'UA est très chargé, il a été difficile de motiver les membres pour un plus grand nombre de rencontres.

⁹ Chapitre 2 articles 1.1-1.3 des Lignes directrices (pouvant être évalué sur www.acerw.org).

¹⁰ Bekker (note 4 ci-dessus).

¹¹ Chapitre 2 II 1 des Lignes Directrices. Il existe une clause de sauvegarde prévoyant qu'une communication soit reçue même de la part d'un État non signataire si cela est dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, avec une ratification quasi universelle de la Charte, il s'agit là d'une vague possibilité.

¹² Cela rend plus ou moins impossible le fait qu'une même affaire soit traitée par le Comité Africain et le Comité de la CDE, et par conséquent l'émergence de réponses conflictuelles.

- L'auteur doit prouver qu'il a épuisé tous les recours disponibles au niveau national ou doit démontrer qu'il n'a pas tiré satisfaction de la solution apportée au niveau national ;
- La communication doit être présentée dans un délai raisonnable après que les recours au niveau national ont été épuisés ;
- La formulation de la communication ne doit pas être offensante.¹³

La communication est généralement étudiée par un groupe de deux ou trois membres du Comité qui, après avoir jugé de son admissibilité, font part de leur décision à l'auteur et à l'État partie concerné ; ils peuvent aussi demander des informations complémentaires. Le groupe de travail peut exiger la présence de ou des auteurs, et des États parties concernés afin d'obtenir des clarifications ; il peut aussi mener « des enquêtes imprévisibles ». ¹⁴ Les délibérations du Comité sont menées à huis clos. Seules des questions d'ordre général de nature procédurale en vertu de l'article 44 peuvent être traitées en public, une pratique qui donne effet au principe du respect des États signataires.

Les articles 3.1 et 3.2 du chapitre 3 des Directives stipulent que « le Comité doit prendre des mesures pour assurer une participation efficace et significative de ou des enfants concernés par l'évaluation de la validité de communications et leurs auteurs » et que « lorsque l'enfant est capable d'exprimer ses opinions, il doit être entendu par un membre du Comité ». À ce jour (au moment d'écrire), cette disposition n'a pas été appliquée puisque seule communication a été finalisée.

3 L'affaire des enfants nubiens

Cette plainte a été portée par l'Institut sur les Droits de l'Homme et la Démocratie en Afrique (basé en Gambie) et la Open Society Justice Initiative. La communication concernait un présumé refus d'octroyer la nationalité kenyane à des personnes d'origine nubienne nées au Kenya,¹⁵ en violation des articles 3 (non-discrimination) et 6 (droit à un nom et une nationalité) de la Charte. Il était aussi allégué qu'en conséquence, des droits socio-économiques à l'éducation et aux soins médicaux prévus aux articles 11 et 14 de la Charte avaient été violés. Lors de la 15e session ordinaire du Comité, la communication a été jugée admissible.

La preuve démontrait que le problème avait déjà été porté devant la Haute Cour du Kenya sans qu'aucun jugement n'ait été prononcé en sept ans. On a conclu que les recours locaux étaient de facto « épuisés » puisque sans effet, étant donné que le retard des tribunaux nationaux à juger l'affaire rendait toute solution locale inefficace.

En mars 2011, une décision fut prise in absentia contre le gouvernement du Kenya. Ce dernier fut avisé par les canaux officiels appropriés de l'intention du Comité d'adjuger à propos de la communication. Le gouvernement n'a pas saisi cette opportunité pour soumettre ses arguments ou des documents à l'encontre.¹⁶ Le Comité africain a estimé qu'il était dans le meilleur intérêt des enfants de statuer sur ses mérites et qu'il serait contraire à cet intérêt de les abandonner indéfiniment dans limbes juridiques. Par conséquent, le Comité entendit l'argumentation verbale des plaignants, et examina sa validité, sa légalité et sa pertinence à travers une série de questions.¹⁷ Une documentation substantielle contenant des déclarations de descendants lésés était jointe à la communication.

¹³ Chapitre 2 III 1(a)-(f). Ces critères sont issus d'une jurisprudence précédente de la Commission Africaine pour les Droits de l'Homme et des Peuples, qui reçoit des communications depuis le début des années 1990.

¹⁴Voir Lignes directrices Chapitre 2 V 4, utilisant cette terminologie.

¹⁵A l'origine, les Nubiens avaient servi dans les forces armées britanniques et étaient restées en retrait après l'indépendance en 1960. Toutefois, il ne leur fut accordé aucune terre et étant donné que la descendance est liée à la détention ancestrale de terre, ils furent exclus du système civil. Ce background est défini dans la décision sur les communications *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and Open Society Justice Initiative on behalf of Children of Nubian descent in Kenya v The Government of Kenya* Decision: No 002/Com/002/2009, disponible sur www.acerwc.org/wp-content/uploads2011/09/002-09-IHRDA-OSJI-Nubain-children-v-Kenya-Eng.pdf (accès le 10 juin 2013). Voir E Durojave et E Foley (2012) *Making a first impression: An assessment of the decision of the Committee of Experts of the African Children's Charter in the Nubian Children communication* *African Human Rights Law Journal* 564-578.

¹⁶Voir paras 9, 10 et 11 de la communication. La décision indique qu'une Note verbale a été envoyée en juin 2010 puis en février 2011.

¹⁷Para 12 de la communication.

On a jugé que le Kenya avait violé le droit des enfants à la non-discrimination, à la nationalité et à la protection contre le statut d'apatride. Selon le Comité, la violation dans son ensemble touchait la protection contre le statut d'apatride, thème qui fut longuement discuté dans le corps de la décision : « les retombées multigénérationnelles de l'impact du déni du droit à la nationalité sont manifestes et d'un effet beaucoup plus grand qu'il peut paraître à première vue un sous-développement systémique de la communauté tout entière en a résulté, selon les allégations.¹⁸ »

Les violations conséquentes de leurs droits socio-économiques à la santé et à l'éducation reçurent aussi une confirmation dont la caractéristique fut de montrer l'indivisibilité des droits entre eux, alors que les droits généralement considérés comme civils et politiques priment souvent les droits socio-économiques. De plus, le Comité évoque les dispositions de l'article 31 de la Charte (les devoirs de l'enfant) et les relie au déni de nationalité fait aux enfants d'origine nubienne en notant que, vu leur naissance au Kenya, ils ont l'obligation de servir leur communauté nationale en mettant leurs capacités physiques et intellectuelles au service de la nation tout en préservant la solidarité sociale et nationale, l'indépendance et l'intégrité du pays. On n'a pas été suggéré que l'accomplissement de ces devoirs était tributaire de leur statut national et de leur identité d'enfants kenyans, mais on a soutenu que l'observance des devoirs prévus à l'article 31 illustre la nature réciproque des droits et responsabilités, laquelle réciprocité n'est pas respectée quand les droits de l'article 6 ne sont pas appliqués par l'État concerné.

Dans le jugement, le Comité s'est bien référé à la CDE¹⁹ et aux observations formulées par le Comité en réponse au Rapport national kenyan de 2007, mais il faut noter que la jurisprudence de la Commission africaine sur les Droits de l'Homme et des Peuples a primé.

On a dit que le dossier des enfants nubiens constitue un début prometteur pour les litiges portant sur les droits des enfants au niveau continental.²⁰ La reconnaissance d'une violation dans une seconde affaire contre le gouvernement de l'Ouganda (pour l'utilisation d'enfants à la guerre contre l'armée de Résistance des Seigneurs entre 2002 et 2005) fut accueillie à la 22^e rencontre ordinaire du Comité africain au 1^{er} semestre 2013, après une visite (mission) des membres du Comité sur le territoire pour interroger les personnes concernées. La décision du Comité fut communiquée au gouvernement

ougandais lors de la réunion des chefs d'État de l'UA au milieu de 2013. Toutefois, une décision motivée énonçant les motifs fondamentaux n'a pas encore été publiée ou transmise au gouvernement concerné. On ne peut donc définir de manière définitive les conséquences de la décision ougandaise et la contribution qu'elle apportera la jurisprudence relative aux droits des enfants.

Conclusions

Premièrement, une seule décision ayant été rendue depuis l'entrée en fonction du Comité en 2002, la lenteur des progrès est évidente. On admet que des Directives devaient être développées, qu'il fallait résoudre des questions de traduction de la première communication dans les langues officielles du comité, que le gouvernement et les plaignants devaient avoir l'opportunité de défendre leur position à l'une ou l'autre des rencontres annuelles. De plus, les recours nationaux doivent être épuisés lorsqu'ils s'appliquent. On peut penser que le Comité de la CDE ne peut, selon toute vraisemblance, s'attendre à un flot continu d'affaires en raison de l'entrée en vigueur du Protocole facultatif.

Deuxièmement, il est devenu évident que les instances issues de traités ne sont pas des tribunaux judiciaires ; les instruments qui sont propres à ceux-ci leur font défaut (preuve, contre-interrogatoire, appel à témoin, etc.). Par conséquent, lorsque deux versions contradictoires s'affrontent, l'instance n'est pas capable de confronter l'une ou l'autre au moyen d'un simple dialogue avec les États parties. C'est pourquoi il fallut se rendre en Ouganda du Nord en mission d'enquête, une sorte de « rendez-vous en terre inconnue ».

Troisièmement, il faut faire connaître la procédure de communication dans le cadre de la Charte. Le fait que trois communications seulement aient été soumises (troisième sub-judice) en 14 ans depuis l'entrée en force de la Charte est préoccupant. Si, comme il est largement admis, cette procédure permet réellement l'examen détaillé de graves violations des droits commises dans des situations réelles, alors il faut s'y atteler et promouvoir son utilisation régulière.

Cet article s'appuie largement sur un chapitre préparé pour T.Liefaard and J Doek Litigating Children's Rights (à venir, 2014)

Professeuse Julia Sloth-Nielsen *

Deuxième vice-présidente: Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant et professeuse, Université du Western Cape et Leiden

¹⁸ Para 68.

¹⁹ Références aux articles 6, 7 et 24 de la CDE.

²⁰ Voir J Sloth-Nielsen dans Liefaard et Doek, Note 1 ci-dessus.



Introduction

La question du rôle de l'avocat de l'enfant fait aujourd'hui encore souvent l'objet d'interventions assez vives. Selon les circonstances, il devrait être :

- *le représentant de l'intérêt du jeune*, concept qui transcende toute autre considération et devrait guider les adultes ;
- *le confident des états d'âme de l'enfant* ;
- *le super défenseur* de l'être le plus faible, s'il est mis en danger, ou le plus dangereux, s'il a commis des faits graves ;
- *le tuteur omniscient* chargé d'agir au nom de l'enfant sans avoir trop d'égards pour sa parole ;
- *son conseiller juridique*, défenseur des droits qui lui sont reconnus ;
- *le porte-parole de l'enfant*, capable par sa formation et ses qualités de saisir l'exacte portée de cette parole et d'en assurer une retransmission pertinente ;
- et, trop souvent encore, *un simple gadget* servant de faire-valoir à une rhétorique formelle des droits de l'enfant. Dans cette hypothèse, il lui sera demandé, lorsqu'il sera convié, de ne pas venir troubler les choix des autres intervenants.

La conception du rôle de l'avocat de l'enfant est assurément à géométrie variable dans l'imaginaire collectif.

En 2001, le législateur belge a voulu légiférer sur le contenu du mandat de l'avocat de l'enfant ; les débats devant la commission justice du sénat illustrent à suffisance cette confusion¹. Dans les travaux préparatoires accompagnant ce texte, le profil idéal du futur avocat du jeune est décrit en des termes extrêmement positifs mais sans doute fort éloignés de la réalité. L'avocat de l'enfant devrait avoir des qualités d'écoute spécifiques liées à une formation en psychologie et en sociologie. Médiateur familial, il interviendrait utilement entre les parents en crise. Selon le législateur, il devrait avoir un effet pacificateur dans les procédures. Il serait capable d'obtenir rapidement la confiance du jeune et deviendrait son confident attitré. Enfin, cet avocat serait le porte-parole du jeune, mais pourrait se glisser dans une fonction de tuteur chaque fois que les circonstances prescriraient cette mission.

Autre ombre au tableau, les attentes de ceux qui interpellent l'avocat du mineur varient souvent en fonction de l'objectif qu'ils poursuivent. Ainsi, il n'est pas rare que le parent qui « choisit » un avocat pour son enfant lors d'une procédure en divorce attende en réalité de ce « second avocat » un point de vue identique au sien. Si tel n'était pas le cas, ce parent s'en étonnera ou cherchera un autre avocat plus à même de défendre l'intérêt bien compris de son enfant. De même, il arrive encore à certains magistrats d'interpeller les avocats qui se font les porte-paroles d'une position peu crédible tenue par leurs jeunes clients. Le motif de ce courroux est généralement que l'avocat du mineur est là pour défendre l'intérêt du jeune et non une solution proposée par le jeune mais contraire à cet intérêt.

En outre, le conseil du jeune intervient désormais devant de multiples juridictions, civiles et protectionnelles. Cette démultiplication des lieux d'intervention de l'avocat au côté du mineur n'est pas sans conséquences sur l'étendue des connaissances qu'il doit posséder pour bien remplir sa mission d'assistance juridique.

Les rôles attribués à l'avocat du mineur ou, à tout le moins, l'idée que s'en font les personnes qui interviendront dans le parcours du jeune sont ainsi fort variables et de nature à créer le doute.

¹ Proposition de loi instituant les avocats des jeunes, Doc. Parl., Sénat, SO 2000-2001, n°2 256/1 à 7.

Evolution légale

Avant de poser les jalons de ce qui constitue actuellement à nos yeux l'absence de la mission de l'avocat de l'enfant, il nous semble utile de revenir sur l'évolution de son intervention dans le cadre de la loi du 8 avril 1965².

Historiquement, cette loi constituait le principal pôle d'assistance des mineurs par un avocat. Son étude permet de comprendre le chemin parcouru en deux décennies.

En 1965, le but du législateur était de faire de l'avocat du mineur plus un conseiller qu'un défenseur devant le tribunal de la jeunesse³. Initialement, la loi du 8 avril 1965, dans le prolongement de celle de 1912, se centralise autour de la recherche de *l'intérêt du mineur* et de la mise en place des moyens nécessaires à sa protection et à sa bonne éducation.

L'ensemble des adultes impliqués devait donc logiquement œuvrer dans un même but : l'épanouissement du jeune. L'avocat devait dès lors s'écarter de son rôle habituel de contradicteur dans le processus judiciaire. Il n'intervenait qu'en fin de procédure et n'avait bien souvent d'autre choix que celui d'entériner l'action du juge de la jeunesse.

Par ailleurs, la loi de 65 fait entrer les sciences sociales dans la sphère judiciaire. Pour ce faire, le juge de la jeunesse est aidé par des auxiliaires sociaux et peut se faire assister par des experts pédopsychiatres. De par sa formation, l'avocat n'est pas aguerri à ces connaissances, ce qui ne contribuera pas à renforcer son statut auprès du tribunal.

À partir de ce schéma, l'idée de défense du mineur est bannie ou réduite à la portion congrue. Point n'est besoin de se soucier des droits de la personne qui est l'objet de tant d'attentions. Les « gens qui savent ce qui est bon pour lui » s'occuperont de tout.

Petit à petit, cette approche de la protection de la jeunesse a été remise en question.

Sous le concept de protection du mineur, d'aucuns ont souligné une volonté sous-jacente de protection de la société, volonté peu différente de celle qui prévalait dans la loi de 1912 sur la protection de l'enfance⁴. Par ailleurs, la portée sanctionnatrice de la loi de 65 . recentrée autour du mineur délinquant depuis la communautarisation de l'aide à la jeunesse en

Belgique pris une place aussi importante que son souci de protection du mineur.

La récente réforme de la loi en 2006 s'inscrit clairement dans ce mouvement. Elle a le mérite de lever partiellement l'ambiguïté qui existait quant aux objectifs réels de la loi de 1965. Le législateur souhaite désormais que le jeune assume une plus grande responsabilité par rapport aux actes délinquants qu'il a posés. La notion d'intérêt du jeune est tempérée par le souci de la victime et de la protection de la société. Le juge se voit ouvrir un panel de mesures pour répondre aux actes posés par le jeune et peut recourir à des mesures alternatives ou complémentaires, telles que la médiation ou la concertation de groupe.

Face à cette évolution, différentes initiatives ont voulu recentrer le débat autour d'un jeune considéré comme *sujet droit* et non objet d'une loi à « connotation thérapeutique ». Le jeune devait devenir un acteur à part entière dans cette procédure et faire valoir ses droits à tous les stades de celle-ci.

Ce combat fut difficile car la place de l'avocat du jeune n'était pas définie dans les textes légaux. Ils étaient de plus perçus comme des empêchements de tourner en rond par les juges qui estimaient être les premiers avocats des mineurs.

Le législateur a partiellement entériné en 1994 les victoires éparses obtenues par les permanences jeunesse⁵. Mais même après cette réforme, les avocats des mineurs durent bien souvent aller devant la cour d'appel ou la cour de cassation pour faire valoir un droit plein et entier des jeunes à être défendus en justice.

Actuellement, la place de l'avocat du mineur devant le tribunal de la jeunesse semble acquise à tous les stades de la procédure⁶ mais cette concession a un prix, qui est le glissement d'un modèle protectionnel vers un modèle « sanctionnel », voire pénal. Cette évolution fait irrémédiablement son chemin en Belgique comme, par ailleurs, dans de nombreux pays européens.

Le mandat de l'avocat

Le mandat de l'avocat diffère, selon nous, selon la situation :

- soit l'avocat intervient à la demande du mineur dans une procédure où sa présence n'est pas rendue obligatoire par la loi ;
- soit l'avocat, choisi par le mineur ou commis d'office, intervient dans une procédure où son assistance est obligatoire.

² Loi « relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait ».

³ P. Henry, « les droits de la défense des mineurs devant les juridictions de la jeunesse », op cit. p. 2.

⁴ Voyez sur cette question M. van de Kerchove: "Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage.", Rev. Dr. Pén. Crim., 1976-77, p.245 et s.

⁵ G. Cappelaere, « Vers un code pénal de la jeunesse », dans P. Mary le travail d'intérêt général et médiation pénale, socialisation du pénal ou pénalisation du social ?, Bruylant 1997.

⁶ Art. 52ter de la loi du 8 avril 1965.

L'on peut soutenir assez facilement que le rôle de l'avocat dans la première hypothèse se réduit à un mandat classique, c'est-à-dire l'assistance et la défense de la parole du jeune sur base d'un mandat clairement confié par le jeune.

- La deuxième hypothèse la commission d'office a suscité de nombreux débats⁷, l'origine du mandat étant différente. Il est en effet donné par la loi et non par le jeune.
- Lors de ces débats, trois modèles de référence ont été dégagés⁸ :
- *L'avocat-tuteur* : Dans ce cas, en ce qui concerne la question dont il est saisi, l'avocat désigné se comporte comme un tuteur. Il représente le jeune et choisit une défense spécifique au nom de ce qu'il estime être la meilleure solution pour le jeune. C'est encore lui qui conserve le choix de faire appel. L'intervention de l'avocat dépasse alors le simple cadre juridique et entre dans la sphère psychosociale.
- *L'amicus curiae* : A nouveau, l'avocat jouit d'une grande autonomie d'action mais il participe de plus activement à la élaboration de la solution trouvée pour l'enfant. Il se voit confier une fonction d'enquêteur et vient faire rapport du résultat de ses investigations au tribunal.
- *L'avocat défenseur* : L'avocat a alors un rôle classique. La spécificité de son mandat tient plus aux moyens qu'il mettra en œuvre pour bien le remplir en tenant compte de l'âge du jeune et de sa méconnaissance du droit que dans l'étendue de celui-ci. Garant du respect des droits reconnus à l'enfant, porte-parole de ce dernier, il fait connaître le point de vue du jeune et non son point de vue sur la situation du jeune. Si le jeune est incapable d'exprimer son point de vue ou s'il ne souhaite pas le faire, l'avocat ne se substitue pas à lui pour exprimer son opinion personnelle, il se contente de vérifier que le juge dispose des moyens suffisants pour se faire une opinion.

Si, sur papier, les différences entre ces modèles semblent simples, il en va tout autrement dans la pratique, et de nombreux critères risquent de nuancer la perception que l'avocat aura de sa fonction. De même, une volonté d'adopter une « attitude éducative » vis-à-vis du jeune influera sur son action et le portera souvent à vouloir privilégier l'intérêt du jeune plutôt que sa parole.

En cela, l'âge du mineur est sans doute le critère qui contribue le plus à brouiller les cartes. En effet, sa jeunesse et, par conséquent, son *incapacité à verbaliser un « intérêt », voire même à le conceptualiser*, rendront caduque l'idée d'une assistance du mineur telle qu'elle est conçue pour un majeur. L'avocat ne peut se dire le porte-parole d'un mineur incapable de s'exprimer.

Ce débat est déjà ancien et avait opposé en son temps Georges Hamacher et le Bâtonnier Hannequart. Le premier insistait sur le mandat de défenseur de l'avocat du mineur qui représente avant tout « quelqu'un à qui le mineur puisse dire ce qu'il souhaite vraiment et dont la mission consiste à le défendre en tant que personne et non à le protéger »⁹. Le second donnait une totale liberté d'action au conseil du mineur, sorte de tuteur ad hoc du jeune, qui ne répondrait à d'autres instructions que celles de sa conscience¹⁰. Enfin, des auteurs plus récents soutiennent une vision plus restrictive du rôle de l'avocat du jeune. Celui-ci devrait s'en tenir à la parole du mineur et non chercher son intérêt¹¹ malgré lui.

Au-delà de ces querelles d'école, Stéphane Ambry donne trois raisons au caractère indispensable d'une réelle défense des mineurs :

1) « *Le respect des droits de la défense est une obligation pour toute justice démocratique* »

Rien ne justifie que des mesures, souvent limitatives de liberté, sortent du champ des principes démocratiques consacrés par différents textes nationaux et internationaux : « La défense des mineurs est non seulement une question de principe, mais aussi un critère de bonne justice »¹².

2) « *La défense des mineurs est une garantie du caractère contradictoire du débat judiciaire* »

⁷ Vincent Sauvage et Patrick Henry, « Débat contradictoire, procédure et défense » / G. Hamacher, « Quelques réflexions sur le mandat de l'avocat du mineur devant les juridictions de la jeunesse », ds Dix ans devant soi, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1989, pp. 29 et s. et Y Hannequart, « Le mandat de l'avocat et l'exercice de la défense devant les juridictions de la jeunesse », idem, pp.11 et s. / Stéphane Ambry, « L'avocat dans la défense des mineurs », / Thierry Moreau, " Le rôle de l'avocat du mineur: les textes et la pratique", J.D.J., février 1999, n°182, p. 11 et s.

⁸ Fr Tulkens et Th. Moreau, " Droit de la jeunesse", Larcier, 2000.

⁹ Dans un avis plus nuancé, Me Hamacher soulignait le côté évolutif du mandat de l'avocat. Plus l'enfant grandit, et moins l'avocat peut se distancer de la position de son client. Il devient son porte-parole, son « interprète » lors des audiences, l'assiste et le conseille. Par contre, lorsqu'il se trouve face à un très jeune enfant, le conseil du mineur serait habilité à donner son avis au juge quant à ce qu'il estime être l'intérêt de son client.

¹⁰ G. Hamacher, op. cit. pp. 29 et ss. et Y Hannequart, op. cit., pp.11 et s.

¹¹ Th. Moreau, op cit. p. 463.

¹² S. Ambry, op. cit. p.7.

C'est grâce à ce caractère contradictoire que chaque acteur de l'action judiciaire va pouvoir remplir son rôle et surveiller que les autres ne sortent pas du leur.

Dans le cadre de procédures concernant des mineurs, où chaque intervenant se doit de donner une portée éducative à son agir, il semble essentiel de donner au jeune des repères précis sur le rôle et les limites inhérents à la fonction de chacun.

Le juge n'est pas l'éducateur du jeune. Son éducateur n'est pas son avocat, ce dernier se gardant bien de jouer à l'apprenti psychologue.

Nous employons souvent un exercice que nous avons appelé « la métaphore du jeu d'échecs » et qui est particulièrement intéressant car il nous apprend beaucoup de choses sur la représentation que nous nous faisons de notre fonction et de celle des autres. L'hypothèse formulée aux participants est la suivante : *imaginez que l'aide et la protection de la jeunesse puissent être transposées sous la forme d'un jeu d'échecs, quelle pièce attribueriez-vous à chacun des acteurs ?* Les participants forment alors des groupes et imaginent leur échiquier. L'enfant sera-t-il le Roi ou un pion ? Où placer le juge ou le procureur ? A quelle proximité mettre les parents ? Y-a-t-il des pièces noires de l'autre côté de l'échiquier ?

À la différence du jeu de dames où toutes les pièces sont identiques et bougent de la même manière, l'on trouve dans le jeu d'échecs des pièces aux fonctions et tailles différentes. Par ailleurs, aucune pièce ne peut à elle seule emporter le jeu, tout comme personne ne détient une sorte de vision « immanente » de l'intérêt du jeune. Toutes les pièces, avec leurs spécificités et leurs limites, doivent donc aider à la construction d'une solution rencontrant l'intérêt du jeune tant d'un point de vue individuel que collectif.

3) « Reconnaître au mineur le droit de se défendre contribue à en faire un sujet de droits »

La prise en compte de la parole du jeune, de son droit à s'exprimer aux différents stades de la procédure, permet d'affirmer le mineur dans une position de sujet de l'action éducative et non comme objet d'une action sociale : « L'avocat sert bien plus qu'à assumer un service de conseils et de défense auprès du jeune. Il contribue à la régulation des pouvoirs professionnels, en activant un processus de contrôle collectif du travail de chacun des acteurs. Il les oblige à plus de rigueur dans le respect de la loi à plus de professionnalisme. Il les incite à un rééquilibrage de leurs prérogatives, à un repositionnement de leurs compétences, de leur rôle et de leur place dans la justice pénale des mineurs. Ainsi, par son contrôle du travail juridictionnel, l'avocat sert aussi

le fonctionnement global de l'organisation que représente un tribunal pour enfant »¹³.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a rendu des arrêts qui confortent la thèse de l'avocat défenseur. Ainsi, cette juridiction a déterminé que, pour qu'un procès à l'égard d'un mineur soit équitable au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, il ne suffit pas qu'il soit représenté par des avocats formés et compétents. Selon la Cour, le mineur doit en outre être en mesure de leur donner des instructions¹⁴. Ce faisant, la Cour indique clairement que l'avocat du jeune a pour mission de permettre au mineur de participer pleinement à sa défense et non de décider du contenu de la défense en lieu et place de ce dernier.

La CEDH a ultérieurement précisé ce qu'elle entendait par la *participation réelle* du mineur à son procès : « Il doit être à même de suivre les propos des témoins à charge et, s'il est représenté, d'exposer à ses avocats sa version des faits, de leur signaler toute déposition avec laquelle il n'est pas d'accord et de les informer de tout fait méritant d'être mis en avant pour sa défense »¹⁵. La direction du procès appartient donc en dernier ressort au mineur et non à l'avocat, ce qui exclut les modèles du *guardian ad litem* et de l'*amicus curiae*. L'avocat doit être un défenseur dans le sens habituel du terme.

L'avocat défenseur et porte-parole

Les arrêts de la CEDH et l'analyse de la doctrine récente nous portent à considérer que la notion d'avocat défenseur constitue actuellement le tronc central du mandat de l'avocat. Défendre doit en effet être le premier réflexe de l'avocat du jeune, qu'il soit choisi ou non par ce dernier, qu'il intervienne ou non dans une procédure où sa présence est obligatoire.

Ce positionnement éthique assure un plus grand respect du jeune en tant que sujet de droits. Le jeune qui, du reste, a sans doute plus besoin de quelqu'un qui soutienne sa parole et crée un espace pour laquelle soit entendue que d'un tuteur.

L'avocat du mineur doit donc faire connaître l'opinion du mineur sur la question dont le tribunal est saisi après l'avoir éclairé sur les éléments en cause. Il doit aussi vérifier la légalité des procédures. Cette vision du rôle de l'avocat s'inscrit dans une dynamique qui doit le pousser à un questionnement continu. Plutôt que de donner un avis péremptoire sur ce qu'il estime être l'intérêt du jeune, l'avocat préférera interpellé les différents acteurs du secteur de la protection de la jeunesse sur les choix qu'ils proposent dans

¹³ P. Benech-Le Roux, « A quoi sert l'avocat du mineur délinquant », CNRS, Bulletin d'information, juin 2004-XVII 3.

¹⁴ Cour eur. D.H., 16 décembre 1999, V. c. *Royaume-Uni*, § 90.

¹⁵ Cour eur. D.H., 15 juin 2004, S.C. c. *Royaume-Uni*, § 27.

l'intérêt du mineur : A-t-on utilisé tous les outils prévus par la loi ? A-t-on rassemblé suffisamment d'informations pour que le juge puisse décider ? A-t-on mis en place des moyens pour rencontrer les éléments de danger existant à l'ouverture du dossier ? A quelle finalité répond la prolongation du placement ? Pourquoi ne pas restaurer entièrement les parents dans leur autorité vis-à-vis de l'enfant en clôturant un dossier plutôt que de maintenir une mesure de surveillance ineffective ? Est-il nécessaire de maintenir un placement ou une guidance ? Cette dernière ne serait-elle pas plus adéquate car elle permettrait au jeune de rester dans son milieu de vie ?

Nous avons déjà souligné l'importance de l'âge du jeune parmi les différents facteurs qui nuanceront le mandat de l'avocat. Deux stades peuvent servir de jalons sur un axe représentant l'âge du mineur. Le premier correspond au moment où le jeune peut verbaliser ses demandes de manière assez claire pour que l'avocat les relaie au juge de la jeunesse. Un très jeune enfant possède déjà cette capacité de verbalisation. Le rôle de son avocat sera de transmettre ses opinions et demandes au juge et de veiller à ce que celui-ci les prenne en compte dans sa décision, c'est-à-dire qu'il apporte une réponse au jeune, qu'il explique pourquoi il lui paraît judicieux de suivre sa demande ou de s'en écarter.

Le second jalon correspond à l'âge de discernement, légalement fixé à 12 ans. Le jeune doué de la capacité de discernement dispose d'outils qui lui permettent d'appréhender sa situation dans sa globalité en tenant compte d'éléments extérieurs. Son opinion serait dès lors moins « instinctive » et devrait être prise en compte de manière plus importante.

Si nous ne nions pas cette évolution du psychisme de l'enfant, il nous semble que la distinction entre les capacités de verbalisation et discernement est peu pertinente pour l'avocat défenseur. Dans les deux cas, il devra relayer la parole du jeune et veiller à ce que les adultes y apportent une réponse.

- A l'évolution en âge de l'enfant correspondent donc trois types d'interventions :
- *Avant que l'enfant puisse émettre une opinion*, l'avocat de l'enfant vérifie si la procédure et les droits qui lui sont reconnus sont respectés. Il a alors un rôle actif mais n'est néanmoins pas dans une fonction d'avocat-tuteur. En effet, seul le non-respect des droits reconnus au jeune doit le guider et non la vision qu'il se fait de l'intérêt du mineur ;
- *Dès que le jeune aura atteint l'âge de verbalisation*, l'avocat aura pour mission première de soutenir sa parole à tous les niveaux de la procédure, essayant d'en être l'interprète le plus fidèle. Il expliquera au

jeune la procédure de manière compréhensible ainsi que la réponse que le juge ou le directeur de l'aide à la jeunesse a apporté à sa demande. Ses démarches sont guidées par la volonté de l'enfant ;

- *Lorsque le jeune atteint l'âge de discernement*, son avocat défendra sa position et ne pourra s'en écarter. Les choix reviennent au jeune après qu'il ait été clairement informé par son conseil de leurs conséquences. En cas de désaccord entre le jeune et son conseil, ce dernier exprimera le point de vue du jeune, et ne pourra critiquer ce point de vue ou proposer une autre solution. Si le désaccord entre le mineur et son conseil est tel qu'il rend la défense du jeune impossible, la seule possibilité pour l'avocat commis d'office est de se déporter et de demander la nomination d'un autre avocat¹⁶.

Les différents temps de l'intervention

L'avocat du jeune intervient à quatre stades différents de la procédure devant le tribunal de la jeunesse. Ci-suivent des suggestions sur les actes que l'avocat pourrait poser à chacune de ces étapes pour donner sens à son mandat.

1) Ouverture du dossier

Lorsqu'il est désigné, l'avocat prévient le mineur de son intervention en lui envoyant une lettre. Ce premier contact écrit sera souvent déterminant et le choix des mots utilisés dans le courrier fort important. L'âge du mineur aura une incidence sur le contenu du courrier ou le choix d'un contact direct plutôt qu'écrit avec le jeune.

Il l'informe de son rôle et le définit aussi clairement que possible. Le secret professionnel auquel l'avocat est tenu et son indépendance vis-à-vis des autres parties sont des éléments-clés de son intervention. Il est important que l'avocat puisse expliquer ces notions au mineur.

L'avocat peut proposer au jeune un entretien de cabinet en vue de recueillir son point de vue et lui transmet ses coordonnées afin que le jeune puisse prendre contact avec lui quand il en aura besoin.

2) Phase préparatoire

Lors de la phase préparatoire qui précède l'audience publique, l'avocat endosse cinq rôles différents.

Le premier est d'*informer le mineur* sur ses droits et obligations, sur la procédure et le fonctionnement du tribunal. A nouveau, le choix des termes employés par l'avocat clarifiera ou non de rendre le processus judiciaire pour le jeune, ses parents et bien souvent le secteur psychosocial.

¹⁶ Sur la question du libre choix de l'avocat et de son indépendance vis-à-vis des autres parties, voyez A. de Terwangne, « Avocat du mineur : libre choix et contradiction d'intérêts », J.D.J. n° 190, avril 2000, p.5.

Ensuite vient le rôle de *conseil* : sous le sceau du secret professionnel, l'avocat du mineur pourra élaborer avec lui un système de défense, lui expliquer les enjeux ou les réactions qu'une prise de position risque d'entraîner. Il étudie le dossier et l'explique au jeune, à qui il fait part de ses réflexions et de l'intérêt que pourrait représenter une autre prise de position. Il prépare les entretiens de cabinet avec le jeune, ce qui implique de prendre contact avec les intervenants psycho-sociaux qui encadrent sa situation. Il assiste le mineur de plus de 12 ans lors des entretiens de cabinet et s'assurera par après que le jeune a compris tout ce qui s'est dit. Il s'inquiétera également de savoir s'il souhaite faire appel.

Il doit également *vérifier la légalité de la procédure* (le respect des délais, la motivation des jugements, etc.).

Il a aussi pour rôle d'*interpeller le juge, le procureur et les intervenants sociaux* concernant l'évolution du dossier.

Enfin, le cas échéant, l'avocat du mineur a un rôle de *contact avec les parents*.

3) **Audience publique**

Lorsque le dossier arrive en audience publique, l'avocat *vérifie le respect de la légalité* de la procédure et des droits de la défense.

Il *assiste le mineur* : il prépare le dossier avec lui, examine les faits qualifiés infractions qui lui sont reprochés et leur incidence civile et définit avec lui le point de vue qui sera exposé en audience publique.

L'avocat *défend le mineur en justice* :

- si le mineur a moins de 12 ans, l'avocat sera son porte-parole si le jeune est capable de verbaliser son intérêt. Il a pour mission d'interpeller les différents intervenants sur le bien-fondé de leur position, ce qui renforce la motivation que le juge doit apporter à sa prise de décision ;
- si le mineur a plus de 12 ans, l'avocat est son porte-parole, interprète fidèle de la position qu'il lui a transmise. Il ne peut agir contre la volonté de son client.

4) **Voies de recours**

- si le mineur a moins de 12 ans, l'avocat agit sur demande de son jeune client ou de sa propre initiative si l'enfant n'a pas atteint l'âge de verbalisation ;
- si le mineur a plus de 12 ans, l'avocat ne peut interjeter appel que sur mandat du mineur.

Conclusion

Etre avocat d'enfant est une formidable aventure. Astreignante, délicate, demandant des compétences qui dépassent la simple formation juridique, cette assistance spécifique est un enrichissement quotidien pour le praticien de la jeunesse.

Bien réalisée, elle sera un jalon dans le parcours du jeune, même s'il est douloureux. Elle se transformera en opportunité d'apprentissage de ses droits et des limites qui leurs sont assignées.

En favorisant une place pour sa parole dans le débat judiciaire autant que dans la médiation, - l'avocat permet au jeune de faire l'apprentissage de la citoyenneté et de la démocratie.

Il lui apprend qu'aucune parole n'est prioritaire par essence et que les décisions le concernant seront prises au terme d'un débat contradictoire au cours duquel différentes visions légitimes de son intérêt pourront être exprimées.

Amaury de Terwangne est avocat au Barreau de Bruxelles, médiateur agréé en droit familial, professeur au CAPA de Bruxelles, formateur et superviseur d'équipes psycho-sociales.

Les enfants ne sont-ils que des adultes miniatures?

Judge Len Edwards (ret)



La question semble incongrue. Nous savons tous que ce n'est pas vrai. Pourtant, nos politiques publiques reflètent-elles que l'enfant n'est pas un petit adulte? Par exemple, nos lois pénales et notre justice juvénile montrent-elles que les enfants sont différents des adultes? La réponse est « non », mais les temps changent. C'est le sujet de cet article.

Les tribunaux juvéniles furent fondés à partir d'une perception selon laquelle les enfants diffèrent des adultes. À l'époque (1899), la psychologie (un champ assez nouveau) affirmait que les enfants étaient des êtres en développement dont l'avenir pouvait être orienté vers une vie productive et loin du crime. Les fondateurs pensaient que le tribunal pour mineurs pouvait réhabiliter des enfants errants en se donnant ainsi une dimension clinique plutôt que judiciaire. Les cours juvéniles et les institutions pour mineurs furent séparés du système pénal pour adultes. Dépourvues d'avocats et de rigueur procédurale, elles offraient plutôt des agents de probation et des services œuvrant avec le juge à la réorientation des jeunes contrevenants. Procédures et dossiers étaient confidentiels pour assurer au jeune un nouveau départ et empêcher que le stigma de la violation du droit entrave sa réhabilitation.

Bien des choses ont changé durant la seconde moitié du XXe siècle aux États-Unis. Les tribunaux et les législatures des États ont modifié le système judiciaire des mineurs à l'image du système pénal ordinaire, envoyant aussi plus d'enfants devant les tribunaux pénaux.

Ces changements étaient motivés par une perte de confiance en la réhabilitation, la perception que les enfants commettaient plus de crimes violents, une centration des médias sur le crime juvénile et l'avis de certains à l'effet que le tribunal juvénile n'était pas efficace et ne protégeait pas adéquatement la société du crime. Certains appelèrent même à son abolition¹.

Une rhétorique politique importante accompagnait ces changements. Ainsi, le Directeur du Office of Juvenil Justice and Delinquency Prevention (agence fédérale chargée de la justice juvénile aux États-Unis), affirmait que le pays devait se montrer ferme devant le crime juvénile, que les jeunes délinquants étaient « des criminels qui se trouvent être jeunes et non des enfants qui se trouvent être des criminels. »² La rhétorique fut à son comble quand le professeur John Dilulio, Jr., directeur du Brookings Institution for Public Management, inventa le terme « super-prédateur » pour décrire ce qui lui semblait un nombre grandissant d'enfants de tous âges « hors de contrôle », « brutaux et sans remords », susceptibles de générer « une bombe démographique criminelle » plongeant le pays dans le chaos³. Il concluant ainsi : « nous n'aurons pas d'autre choix que d'établir des stratégies d'application de lois sévères à ces super-prédateurs. »⁴

Le arrêt *In re Gault* 387 U.S. 1 (1967) donna peut-être le signal d'un tel changement. *Gault* imposa l'équité procédurale au tribunal juvénile, la Cour Suprême des États-Unis déclarant que les mineurs accusés de crimes avaient le droit d'être informés en temps opportun des accusations, droit à un avocat commis d'office, à confronter et contre-interroger les témoins et le privilège de ne pas s'incriminer. Énumérant les failles du tribunal des mineurs, l'opinion majoritaire déclara : « Il s'avère, en fait, qu'il existe des raisons de craindre que l'enfant subit le pire des deux mondes, qu'il ne profite ni de la protection accordée aux adultes ni des soins et des traitements prévus pour les enfants. »⁵

Mais les législatures des États ne se préoccupaient pas du droit à l'équité procédurale de l'enfant. Impulsées par les histoires d'enfants violents charriées par les médias, la perception d'une augmentation exponentielle⁶ de la violence des jeunes et l'insatisfaction publique générale vis-à-vis du système juvénile, elles ont, depuis 40 ans, modifié le statut des cours juvéniles de manière à ce qu'un nombre croissant d'enfants soient jugés par le système pénal des adultes et que le tribunal pour mineurs ait davantage l'aspect d'un tribunal pénal⁷.

La législation a revêtu plusieurs formes. Certains États ont abaissé l'âge à partir duquel l'enfant peut-être jugé comme un adulte. D'autres ont donné au poursuivant plus de pouvoirs de porter des accusations directement devant le tribunal ordinaire, d'autres ont restreint la discrétion judiciaire de garder un enfant en cour juvénile en cas d'offenses graves et d'autres encore ont ouvert les procédures au public et rendu plus difficile la confidentialité des dossiers.⁸ De plus, les procureurs en poursuite qui ne faisaient jamais partie du processus juvénile à l'origine, y sont maintenant intégrés.⁹ Tous ces changements furent considérés nécessaires pour satisfaire aux objectifs « d'une justice ferme face au crime juvénile » et « d'une répression adulte pour un crime d'adulte ».

Dans plusieurs États, la plupart des jeunes de 15 ans et plus accusés de crimes graves sont automatiquement transférés au tribunal des adultes et traités comme tels à tous égards¹⁰. En Californie, le procureur peut déposer des accusations directement devant la cour ordinaire contre un jeune de 14 ans en cas de crime grave aux termes du Welfare and Institutions Code¹¹. Il devient alors possible de prononcer des peines pour adultes contre lui.

Nombre de ces changements législatifs résultèrent du sensationnalisme pratiqué par les médias, de données douteuses et de mythes entourant de la délinquance juvénile. Outre celui des super-prédateurs, d'autres évoquaient une épidémie de violence juvénile dans les années 80 et 90, le port et le trafic d'armes fréquent chez les jeunes, la commission de crimes de plus en plus violents par des mineurs de plus en plus jeunes, l'abandon de la réhabilitation des jeunes délinquants dans l'opinion publique et l'échec apparent du système de justice juvénile aux États-Unis, faute de savoir gérer des criminels devenus plus endurcis¹².

On a vu un modeste mouvement en direction opposée depuis dix ans. La Cour Suprême des États-Unis l'a amorcé en concluant que certaines sanctions ne peuvent s'appliquer aux enfants, même quand ceux-ci sont poursuivis devant un tribunal ordinaire pour des violations graves. Pour en arriver là, la Cour a reformulé le raisonnement qui a conduit à la création de la Cour juvénile, à savoir que les enfants sont différents des adultes.

Même si la Cour Suprême a déclaré que « notre histoire est remplie de lois et de précédents judiciaires reconnaissant que les enfants ne peuvent être considérés comme des adultes miniatures »¹³, elle a permis l'exécution de mineurs pour des violations graves¹⁴. Les découvertes récentes de la neuropsychiatrie et la lutte menée par quelques

États contre la peine de mort ont incité la Cour à décréter que la peine de mort et la prison à vie sans possibilité de libération sous surveillance à l'égard de ceux qui n'avaient pas 18 ans au moment du crime étaient constitutionnelles.¹⁵

En 2002, la Cour Suprême décida que les personnes souffrant d'une déficience intellectuelle ne pouvaient pas être exécutées.¹⁶ *Atkins* a jeté les bases concernant les affaires de mineurs. Par la suite, les arrêts *Roper vs Simmons*¹⁷ et *Graham vs Florida*¹⁸ établirent que dans l'optique constitutionnelle, les enfants se situaient autrement que les adultes au plan sentenciel. Dans ces affaires, la Cour fut d'avis que le « manque de maturité » des enfants et leur « sens peu développé des responsabilités » conduisaient à l'imprudence, l'impulsivité et l'insouciance face aux risques. Les enfants « sont plus perméables aux influences négatives et aux pressions extérieures, » incluant celles de leur famille et des pairs. Ils ont un « contrôle limité sur leur propre environnement » et n'ont pas la capacité de s'extraire de certaines situations mauvaises et favorables au crime. Parce que le caractère d'un enfant n'est pas formé comme il l'est chez l'adulte, ses traits sont moins déterminés et ses agissements moins susceptibles de constituer la preuve d'une dépravation irrémédiable ».

L'arrêt *Roper* et *Graham* établit que les attributs de la jeunesse entament la justification pénologique des peines les plus sévères à l'égard des jeunes contrevenants, même en cas de crimes majeurs. Selon le principe fondamental de l'arrêt, l'imposition par l'état des peines les plus lourdes à des jeunes ne peut être faite l'impasse sur leur statut d'enfant. « Notre société voit les jeunes comme formant une catégorie moins coupable que le criminel moyen »¹⁹. En 2012, dans *Miller vs Alabama*, la Cour Suprême est allée plus loin en statuant que la prison à vie sans possibilité de libération sur parole n'est pas pas automatiquement requise pour les mineurs, mêmes en cas d'homicide et que le juge du procès doit user de sa discrétion lors de sa décision²⁰. Suivant l'avis de la Cour Suprême, certains jugements rendus par des tribunaux d'état rejettent les longues condamnations d'enfants coupables de crimes graves parce qu'elles constituent des châtiments cruels et inusités.²¹

La plupart de ces décisions de la Cour Suprême ont été prises au cours de la dernière décennie. Jusqu'au XXI^e siècle, un jeune de 16 ans ou de 17 ans pouvait être exécuté ou condamné à la prison à perpétuité. La gravité du crime suffisait à justifier qu'un mineur soit jugé comme un adulte. Les arrêts cités plus haut ont affaibli cette propension à traiter le délinquant mineur comme un adulte²², mais plusieurs changements restent à réaliser.

Premièrement, la procédure de renvoi de l'enfant vers le tribunal pénal ordinaire doit être revue (waiver or fitness). Au cours d'une audience²³, un juge entend la poursuite, la défense et l'agent de probation qui a complété une étude sociale complète. Il a l'occasion de saisir tous les aspects de l'offense et d'examiner le jeune qui est devant la cour. Aidé par une étude sociale approfondie et la tenue de l'audience judiciaire, il est le mieux placé pour décider si l'enfant devrait être poursuivi devant le tribunal des adultes ou demeurer devant cour juvénile. Le juge peut cibler les enfants qui ont les meilleures chances de réhabilitation. Ni la législature ni le procureur ne devraient décider de cette question. La première ne connaît pas les faits et le second ne peut se fonder que sur l'enquête de police.

Deuxièmement, la législature devrait réexaminer les peines imposées aux jeunes délinquants menés devant un tribunal pénal pour adultes. Nous savons aujourd'hui que le développement cérébral d'un jeune se poursuit jusqu'au milieu de la vingtaine. Une réhabilitation demeure possible. Des peines de quarante, cinquante et soixante ans sont presque équivalentes à des condamnations à vie. Elles vont au-delà de la protection du public et parlent de vengeance. De plus, elles impactent de manière disproportionnée le jeune qui vit plus longtemps qu'un condamné de 40 ans pour le même crime.

Diminuer les peines d'emprisonnement n'est pas populaire. On a peine à se souvenir de législatures réduisant les périodes d'emprisonnement pour des crimes. Pendant des décennies, « fermeté contre le crime » a été un slogan politique important. Pourtant, il est temps que les législatures des États reconnaissent la différence entre l'adulte et l'enfant et donnent à ce dernier l'occasion de se réhabiliter. Il est temps de reconnaître que les lois relatives aux peines réservées aux enfants furent mal conçues et inspirées par l'hystérie collective et les mythes entourant la criminalité juvénile. Prendre en compte les progrès scientifiques qui ont convaincu la Cour suprême des États-Unis devrait pousser les législatures des États à restructurer la durée des peines imposées aux jeunes condamnés, même s'ils sont jugés par un tribunal des adultes. L'appui du public à de tels changements est là, il faut le traduire en mesures législatives.²⁴

Troisièmement, les registres des mineurs devraient être scellés à 18 ans. Un casier judiciaire peut suivre une personne à vie. S'il est disponible aux employeurs ou aux écoles, il peut limiter l'accès du jeune à un emploi ou à un poste de confiance comme aussi diminuer ses chances d'éviter une carrière criminelle²⁵. Pour autant que la politique sociale reconnaisse et promeuve la différence entre l'adulte et l'enfant et fasse de sa réhabilitation un objectif, l'accès aux dossiers juvéniles devrait être restreint. La procédure actuelle de fermeture du casier oblige le jeune à demander au tribunal des mineurs que son dossier soit scellé. Des études montrent que la plupart des jeunes ne prennent pas le temps de le faire²⁶. En effet, les grands délinquants sont les demandeurs les plus probables d'une telle fermeture. Au California Department of Juvenile Justice (autrefois la California Youth Authority), on porte une attention toute particulière à la fermeture du casier judiciaire d'un mineur au terme d'un programme. De tels conseils ne sont pas offerts aux jeunes auteurs de crimes moins graves qui sont placés en probation dans la communauté. La politique la meilleure reste la fermeture automatique du casier judiciaire quand les 18 ans sont atteints. Il pourrait être rouvert en cas de récidive. Pour la grande majorité, cela signifierait qu'en conséquence, ils sauraient leur dossier fermé à 18 ans et seraient en droit de dire à leur employeur qu'ils n'ont pas de casier judiciaire.

Le tribunal des mineurs a été critiqué durant les dernières décennies du XXe siècle. La peur du public combinée à la pression politique et aux mythes entourant le crime ont poussé les législatures à modifier la législation juvénile de manière à exposer les enfants aux poursuites devant la cour pénale ordinaire. On a oublié que les enfants sont différents des adultes et plus sensibles à la pression des pairs, que leur capacité mentale est moindre et qu'ils ne devraient pas être imputables de la responsabilité d'un adulte pour les crimes qu'ils commettent.

La Cour Suprême des États-Unis a amorcé un retour vers la cour juvénile d'origine. Il faudra voir si les législatures d'États reconnaîtront leur réaction excessive à l'hystérie médiatique de la fin du dernier siècle et auront le courage de modifier leurs lois en conformité avec un idéal de réhabilitation. Non, les enfants ne sont pas de petits adultes, mais des enfants, des êtres humains en devenir. Notre système judiciaire se doit de refléter cette réalité.

Juge Leonard Edwards* (Ret.)
Santa Clara Superior Court, Etats Unis
Automne 2013

Notes

1. Ainsworth, Janet, *Re-Imagining Childhood and Reconstructing the Legal Order: The Case for Abolishing the Juvenile Court*, *North Carolina Law Review*, Vol. 69 at pp 1083- 1133; Feld, Barry, *Transformed but Unreformed: Juvenile Court and the Criminal Court Alternative*, paper presented at the American Society of Criminology, Annual Meeting, 1990, Baltimore, Maryland.
2. Regnery, Alfred, *Getting Away With Murder: Why the Juvenile System Needs An Overhaul*, *Policy Review* 65 (1985).
3. Delulio, John, *The Coming of the Super-Predators*, *The Weekly Standard*, November 27, 1995, Vol. 1, No. 22, p. 23.
4. *Id.* Professor Delulio a depuis rétracté ses déclarations au sujet de super-prédateurs et a admis qu'il était incorrect. Taux d'arrêt pour mineurs ont diminué considérablement et que le professeur Zimring a écrit: «Ses théories sur super-prédateurs étaient de la pure folie ». Baker, Elizabeth, *As Ex-Theorist on Young Super-predators, Bush Aide Has Regrets*, *The New York Times*, <http://www.nytimes.com/2001/02/09/us/as-ex-theorist-on-young-superpredators-bush-aid>
5. *In re Gault*, 381 U.S. 1 (1967) at p. 5.
6. C'est l'un des "mythes" fausses concernant la délinquance juvénile. Voir Zimring, Frank, *The Youth Violence Epidemic: Myth or Reality?*, *Wake Forest Law Review*, Vol. 33, Fall, 1998, at p. 727.
7. Deitch, M. et. al. (2009) *From Time Out to Hard Time: Young Children in the Adult Criminal Justice System*, Austin, TX, The University of Texas at Austin, LBJ School of Public Affairs
8. *Id.* At pp 19-34
9. Sagatun, I., & Edwards, L., *The Role of the District Attorney in Juvenile Court*, *Juvenile and Family Court Journal*, Vol. 34, No. 2, May, 1979.
10. Deitch, M. et. al. *op.cit.* footnote 7 at p. 22.
11. California Welfare and Institutions Code section 707(d)
12. Tous ces mythes et plus sont discutés dans Howell, James, *Preventing and Reducing Juvenile Delinquency*, SAGE, (2009), Chapter 1, pp. 3-16.
13. *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 115 (1982) «La jeunesse est plus qu'un fait chronologique. Il s'agit d'un temps et de l'état de la vie où une personne peut être plus sensible à l'influence et à des dommages psychologiques ». 14. *Stanford v Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)
15. *Roper v Simmons*, 543 U.S. 551 (2001) and *Graham v Florida*, 130 S. Ct. 2011
16. *Atkins v Virginia* (2002) 536 U.S. 304
17. *Roper v Simmons*, *op.cit.*, footnote 13
18. *Graham v Florida*, *op.cit.* footnote 13
19. *Roper v Simmons*, *op.cit.* footnote 13 at 567
20. *Miller v Alabama*, 132 S.Ct. 2455 (2012). Dans encore une autre affaire, la Cour suprême a statué que l'âge est pertinent pour déterminer la garde à vue à des fins de *Miranda J.D.B. v. North Carolina*, 131 S. Ct. 2394 (2011).
21. Dans le cas des personnes *v Caballero*, 145 Cal.Rptr.3d 286, la Cour suprême de Californie a annulé une sentence de 110 ans à la perpétuité pour le crime de tentative assassiner jugeant que la phrase n'a pas fourni le prévenu mineur avec une possibilité réaliste de obtenir la libération par la démonstration de la croissance et de la maturité .
22. Certains critiques affirment que *Roper* a été décidé à tort et font valoir que la peine de mort peut être approprié pour certains jeunes. Voir Rowe, J., "deuil de la mort prématurée de la peine pour mineurs Décès: Examen de *Roper v Simmons* et l'avenir du système de justice pour mineurs," *California Western Law Review*, vol. 42, printemps, 2006, p. 287; Jovanovic, A., *Roping in Roper: The Problem with Bright Line Rules in Juvenile Death Penalty Cases*, *Michigan State University Journal of Medicine & Law*, Vol. 14, Spring, 2010, pp 281-311.
23. Différents termes sont utilisés dans des différents états. Dérégulation fait référence à la cour juvénile de renoncer à un mineur de la juridiction criminelle pour adultes. Fitness se réfère à la décision judiciaire si un jeune est «apte» à rester dans le tribunal de la jeunesse. D'autres termes incluent le transfert, la certification, la détention, l'enlèvement, et la déclinaison de la compétence. Cet article va utiliser l'audience de remise en forme à long terme
24. *Public Willing the Pay More for Rehabilitation of Juvenile Offenders*, *ModelsforChange*, <http://www.modelsforchange.net/newsroom/18>
25. Edwards, L., & Sagatun, I., *A Study of Juvenile Record Sealing Practices in California*, *Pepperdine Law Review*, Vol. 4, (1977), pp 543- 572 at p. 544; Sagatun, I., & Edwards, L., *The Significance of Juvenile Records*, *Juvenile and Family Court Journal*, Vol.30, February, 1979, at pp 29-35.
26. *Id.*

La détermination de la peine pour un jeune autochtone de moins de 18 ans : un exercice délicat de pondération Juge Daniel Bédard



Introduction et contexte

Au Canada, un adolescent accusé d'une infraction au *Code criminel* voit sa situation traitée selon la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (LSJPA)*¹, une loi fédérale dont l'application, pour certains critères, peut varier d'une province à l'autre même si les principes de détermination de la peine demeurent identiques.

Dans la province de Québec, plus particulièrement dans le Nord, l'on retrouve la patrie des Premières Nations cries, connue comme le territoire de la Baie James et plus au nord encore, le territoire de la nation inuite, le Nunavik. C'est donc dire 9 communautés cries et 14 communautés inuites. Les communautés cries sont, sauf une, accessibles par la route alors que les communautés inuites le sont uniquement par transport aérien (mis à part le transport des biens qui peut aussi se faire par bateau, notamment pour les matériaux de construction).

Ces 2 nations ont signé, en 1975, un traité connu sous le vocable de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois*. Un traité moderne qui inclut, entre autres, un chapitre sur l'administration de la justice pour chacun des deux territoires. L'une des particularités de ce chapitre est la création de la Cour itinérante, une prolongation de la Cour du Québec, dont les juges peuvent, lors de leur nomination, exercer leur juridiction à la chambre criminelle, civile et jeunesse en fonction des besoins, du volume et du district de nomination.

À ce jour, aucun juge ne réside sur le territoire de la Baie James ou au Nunavik. Par conséquent,

tous les juges qui rendent justice dans ces communautés sont assignés en moyenne cinq semaines par année pour voyager et résider dans l'une ou plusieurs de ces communautés. Ces juges proviennent essentiellement de la même région ou district et reçoivent de manière permanente et continue de la formation sur les traditions, us et coutumes de ces nations.

Les communautés cries totalisent plus de 16,000 personnes alors que la population des communautés inuites dépasse le cap des 12,000 personnes.

Pour l'année 2013, les juges de la Cour du Québec auront passé un total de 65 semaines dans les communautés. Toutes les auditions se font en anglais avec la traduction en cri ou inuktitut, qui est disponible en tout temps.

Les personnes de moins de 18 ans représentent entre 40 % et 50 % de la population totale. Vu l'importance des activités traditionnelles, notamment la chasse, les armes à feu sont facilement accessibles. Les infractions criminelles tels les voies de fait, les introductions par effraction, les menaces, les voies de fait avec lésions corporelles et les meurtres sont, comme partout ailleurs, souvent commises dans un contexte de consommation abusive d'alcool et de consommation de drogues.

Pour chacun des territoires, l'on retrouve une agence régionale de la santé et des services sociaux, responsable de l'organisation de la dispense des services aux membres des communautés, incluant les services à l'extérieur du territoire. Des directeurs de la protection de la jeunesse qui agissent comme directeurs provinciaux en vertu de la *LSJPA* sont les acteurs principaux quand un adolescent fait face à la justice criminelle. Ils procurent des services et exercent un pouvoir décisionnel dans plusieurs sphères telles les conditions de mises sous garde, la réadaptation et la préparation d'un rapport prédécisionnel lorsque, avant de rendre une décision, le juge l'ordonne ou de manière obligatoire lorsque la mise sous garde est envisagée.

Beaucoup plus de précisions et de nuances pourraient être faites, mais ce qui précède a pour objectif de situer le lecteur afin de faciliter la compréhension du cadre dans lequel le juge qui préside rend une décision. Une décision qu'il rend dans la communauté par opposition à un milieu urbain, avec des principes identiques, lorsque l'adolescent devant lui est un jeune autochtone.

La différence principale, et elle est de taille, est que le juge préside dans une salle occupée par des membres de la communauté, qu'il a appris,

¹ *Loi sur le système pénal de justice pour les adolescents*, L.C. 2002, modifié Projet de loi C-10, 2012

au cours des années, à connaître et à apprécier. Il fait preuve d'une sensibilité accrue en ce qui a trait au tissu social, aux difficultés économiques, aux traditions et coutumes. Il ne peut donc pas faire fi, dans son analyse pour aboutir à une décision, des connaissances acquises et de cette sensibilité. Il en est imprégné, comme il le serait dans sa communauté d'origine. Il a acquis des repères socioculturels continuellement sujets à évolution. C'est de loin l'un des avantages les plus importants lorsque le juge rend justice dans une communauté autochtone depuis des années, une communauté qui n'est pas la sienne.

Détermination de la peine

Lorsqu'un adulte autochtone se voit imposer une peine pour un crime, le juge doit, non seulement tenir compte des objectifs sous-tendant la détermination de la peine, mais doit de plus faire appel à plusieurs principes énoncés dans le *Code criminel*. Entre autres celui qui impose au juge de tenir compte, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une personne d'ascendance autochtone, de l'examen de toutes les sanctions substitutives à la détention, applicables et justifiées dans les circonstances². Par conséquent, l'ascendance autochtone du contrevenant modifie l'analyse par l'intégration d'un paramètre qui, s'il n'écarte les autres par son poids, influe certainement sur l'espace qu'ils occupent.

Dans la *LSJPA*, l'on retrouve une disposition identique³, lorsqu'il s'agit de déterminer la peine appropriée pour un jeune autochtone.

En 1999, la Cour suprême dans l'affaire *Gladue*⁴ a mis de l'avant que les juges imposant une peine à un contrevenant autochtone devaient considérer les facteurs historiques et systémiques qui pouvaient expliquer sa présence devant le tribunal. De plus, les juges pouvaient prendre connaissance judiciaire d'office des facteurs historiques et systémiques. Ils devaient considérer l'héritage culturel en lien avec une approche faisant appel à la justice réparatrice. Peu importe l'absence de programmes ou le manque de ressources, le juge pouvait faire appel à la justice réparatrice.

L'intégration de ces facteurs avait comme objectif une peine autre que l'incarcération, lorsque raisonnable dans les circonstances, ou encore, une peine moins sévère en terme de période de détention, lorsque l'emprisonnement était incontournable, vu les circonstances.

La décision *Gladue* fut aussi interprétée comme signifiant que plus un crime était violent et sérieux, plus grande était la probabilité que la

peine imposée à un autochtone diffère peu de celle imposée à un non-autochtone.

Arrive, 13 années plus tard, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ipeelee*⁵. Dans cette affaire on peut, sans peur de se tromper, affirmer que la plus haute cour du pays décide de remettre les pendules à l'heure en ce qui a trait au chemin parcouru, depuis l'affaire *Gladue*. La Cour souligne l'hésitation ou la timidité des juges à prendre connaissance judiciaire d'office des facteurs systémiques et historiques qui affectent les nations autochtones au Canada. La Cour affirme de plus que les juges doivent tenir compte de l'histoire du colonialisme, des déplacements des communautés, des écoles résidentielles et comment l'histoire se poursuit avec une éducation moindre, de plus faibles revenus, un taux plus élevé de sans emploi et de suicide de même qu'un taux d'incarcération nettement plus élevé⁶.

En dernier lieu, la Cour met un terme à l'interprétation erronée qui, selon elle, prévaut depuis l'affaire *Gladue*. Il est donc erroné de croire que pour un crime sérieux et violent le juge doit rendre une peine qui diffère peu, que le contrevenant soit autochtone ou pas. La Cour affirme que même pour un crime sérieux et violent, il est fort possible, tenant compte des facteurs historiques et systémiques, que la peine diffère substantiellement entre un contrevenant autochtone et un contrevenant allochtone.

La décision dans l'affaire *Ipeelee* constitue un message sans équivoque pour les juges à l'effet qu'ils doivent faire plus pour diminuer le taux d'incarcération des contrevenants autochtones. Le taux d'incarcération est beaucoup trop élevé et en relation directe avec la nature des peines imposées.

Est-ce que l'on peut appliquer le même raisonnement pour un adolescent autochtone?

Tel qu'explicité précédemment, l'article 38(2)(d) de la *LSJPA* est identique à l'article 718.2(e) du *Code criminel*. Cela doit donc vouloir dire que le juge doit prendre connaissance d'office et tenir compte des facteurs historiques et systémiques comme il le fait pour les adultes autochtones. Certains pourraient argumenter que les écoles résidentielles n'existent plus, que plusieurs obstacles historiques ont disparu et que les jeunes autochtones ne sont pas confrontés aux déplacements, au colonialisme ou la discrimination comme le furent leurs parents et grands-parents. Alors même si la disposition est identique, le juge, dans son analyse, ne devrait pas accorder autant de poids ou d'importance à ces facteurs.

D'autres, au contraire, pourraient avancer qu'une disposition identique dans le *Code criminel* et la

² article 718.2(e) *Code criminel*

³ article 38(2)(d) L.S.J.P.A. 2001, modifié Projet de loi C-10, 2012

⁴ R. c. *Gladue*, 1999 1 R.C.S. 688

⁵ R. c. *Ipeelee*, 2012 1 R.C.S. 433

⁶ *Id.* paragr. 60

LSJPA signifie que les facteurs historiques et systémiques sont encore présents, sinon que leurs effets se font toujours sentir et qu'ils influent sur la probabilité que le jeune autochtone se retrouve dans une salle de cour. Donc une plus grande probabilité de mise sous garde, à moins que le juge accorde le même poids à la disposition que lorsqu'il l'applique pour un adulte.

Il existe une autre disposition dans la *LSJPA* qui milite en faveur d'un traitement identique. En effet, l'article 38(2)(a) stipule qu'un jeune contrevenant ne peut se voir imposer une peine plus sévère que celle imposée à un adulte, pour un même crime, commis dans les mêmes circonstances. Il est évident que la comparaison ne peut être faite qu'avec un adulte autochtone. De plus, la peine doit être similaire aux peines imposées aux autres contrevenants dans la région.

Par conséquent, le juge doit prendre connaissance des peines imposées aux adultes autochtones de la région, pour des crimes identiques commis dans des circonstances similaires. Donc, la région de comparaison pour un contrevenant cri doit se limiter au territoire de la Baie James et pour un jeune inuit, au territoire Nunavik. Inutile de dire que le respect de ces principes de détermination de la peine pour les jeunes contrevenants autochtones est en partie atteint par l'assignation des mêmes juges sur une base régulière et permanente.

Dans chacune des communautés criées et inuites, l'on retrouve des comités de justice, qui sont des comités composés des membres de la communauté. Ces comités peuvent intervenir avant l'imposition de la peine. Leurs responsabilités incluent les rencontres avec le contrevenant, les membres de sa famille élargie et la victime. Ces comités peuvent proposer, verbalement ou par écrit, des services en lien avec une justice réparatrice issue des valeurs culturelles qui leur sont propres. Ils peuvent préparer, pour la Cour, un rapport qui fait état des facteurs historiques et systémiques qui affectent les parents et l'adolescent ou qui ont encore un impact. Les comités peuvent faire des recommandations au juge quant à la peine appropriée et raisonnable, selon eux. Un des membres peut demander à témoigner et s'adresser directement au juge et lui transmettre de l'information importante pour la prise de décision.

Sous la *LSJPA* la nature des peines peut varier énormément, allant de la réprimande à la mise sous garde. Il faut savoir que la mise sous garde est un échelon qu'il n'est pas aisé de franchir.

Plusieurs critères⁷ doivent être rencontrés avant qu'un juge puisse considérer et conclure à la mise sous garde. Et même si le juge conclut à la mise sous garde, il doit, avant de l'imposer, s'assurer qu'il n'y a pas de solutions alternatives à la détention⁸.

Ce qui précède s'applique pour tout jeune contrevenant canadien. Si le contrevenant est un adolescent autochtone, alors le juge doit s'assurer d'inclure dans son analyse, même après l'exercice fait sous l'article 39, son ascendance autochtone. Ascendance qui peut faire pencher la balance vers une solution alternative à la mise sous garde.

Le résultat final pour l'ensemble des contrevenants autochtones devrait être un taux de mise sous garde moins élevé que pour les allochtones, pour des crimes identiques commis dans des circonstances similaires. Est-ce le cas? Ça ne l'est pas pour les adultes autochtones, selon les statistiques disponibles, tel que l'on peut le lire dans la décision *Ipeelee*.

Les statistiques ne sont pas disponibles pour les adolescents criés et inuits.

Depuis la décision *Gladue* en 1999, le juge peut ordonner la confection de ce que l'on appelle un rapport *Gladue*. Ce rapport, préparé avant l'imposition de la peine, fait état de la situation globale du contrevenant autochtone, notamment des facteurs historiques et systémiques en lien avec sa communauté, ses parents et lui. Les ressources insuffisantes, l'absence d'implication des membres de plusieurs communautés, l'absence de continuité dans les services sociaux rendent souvent impossible la confection d'un rapport *Gladue*. Malgré ces embûches, le juge, tel qu'explicité dans la décision de la Cour suprême, peut prendre connaissance judiciaire d'office et intégrer ces informations dans son analyse.

Pour les jeunes contrevenants autochtones, la confection d'un rapport *Gladue* n'est pas, à ce jour, un outil qui est bien instauré dans les m%urs en ce qu'il n'est pas intégré dans la pratique quotidienne.

Tenant compte que les termes de la Cour ont lieu dans la communauté du contrevenant autochtone dans la majorité des cas, et considérant que les juges présidant les termes reçoivent une formation continue en plus d'y être assignés régulièrement, année après année, on peut avancer compensation pour l'absence de rapport *Gladue*. Compensation par l'acquisition de leur connaissance des facteurs systémiques et historiques qui affectent la communauté en tant que collectivité et son impact sur le jeune contrevenant.

⁷ Article 38, L.S.J.P.A. 2002, modifié Projet de loi C-10, 2012

⁸ Article 39, L.S.J.P.A.

Conclusion

Un juge qui détermine une peine pour un jeune contrevenant autochtone doit, comme pour sa contrepartie adulte, considérer toute autre sanction que la mise sous garde si les circonstances s'y prêtent et que c'est raisonnable. Si le juge conclut que la mise sous garde est incontournable, il doit tout de même examiner la possibilité d'une mise sous garde d'une moins longue durée. En effet, la disposition, selon la compréhension dégagée par les décisions *Gladue* et *Ipeelee*, autorise une réduction des semaines ou des mois de la mise sous garde.

Comme on l'a vu, les rapports *Gladue* ne sont pas fréquents pour les adultes et le sont encore moins pour les jeunes contrevenants.

Cependant, les principes demeurent de même que l'obligation qui en résulte pour le juge. La présence des comités de justice dans les communautés et la connaissance judiciaire d'office du juge concernant les paramètres systémiques et historiques compensent en partie. À cela s'ajoute l'assignation régulière et continue des mêmes juges.

Il est souhaité que, dans un avenir rapproché, les ressources humaines et financières de même qu'une plus grande implication des communautés permettront une transmission d'informations suffisante au juge pour qu'il puisse intégrer, de manière complète, l'article 38(2)(d) dans son analyse avant de déterminer et d'imposer la peine au jeune contrevenant autochtone.

Évidemment, la situation au Canada peut différer d'une province à l'autre, l'administration de la justice étant de juridiction provinciale.

Daniel Bédard* est juge à la Cour du Québec. Il préside des termes à la chambre criminelle, civile et jeunesse. Il est membre de l'AIMJF.

Le dilemme insolvable de la justice pour mineurs—à la croisée des chemins entre justice pour mineurs, soins et protection

Juge Andrew Becroft



Il est bien connu¹ que les jeunes personnes présentées régulièrement devant le Tribunal pour Mineurs (notamment les récidivistes) ont presque toujours un problème de soins et de protection. En Nouvelle-Zélande, nous savons que trois quarts (73%) des clients passant devant un tribunal pour mineurs sont l'objet de notifications Enfants, Mineurs et Famille, à savoir de notifications indiquant qu'il y a eu des problèmes d'abus ou de négligence dans leurs vies². Les recherches tendent à montrer qu'une surreprésentation de nature similaire existe en Australie³.

Ces jeunes gens représentent un véritable défi pour le système pénal. D'une part cet historique d'abus et de dysfonctionnements environnementaux en font des victimes vulnérables et ayant besoin d'aide. D'autre part, leurs crimes exigent qu'ils rendent des comptes et ont fait des victimes qu'il convient de dédommager. En réconciliant ces deux aspects, deux questions fondamentales appellent à une réponse. Il s'agit des grandes questions impondérables qui devraient dominer les débats sur la Justice pour Mineurs. On ne peut jamais trop en discuter. Ces questions sont :

1. Quand et sur quelle(s) base(s) les crimes commis par des mineurs doivent-ils être considérés comme étant principalement dus à un manque de soins et de protection ? (et requièrent une résolution de conflit au sein des Tribunaux spécialisés en la matière). Mais aussi, quand et sur quelle(s) base(s) les crimes doivent-ils être gérés comme étant des violations intentionnelles du droit pénal par des individus autonomes et responsables nécessitant une résolution devant les tribunaux pénaux? Cela soulève la question de la reconnaissance des problèmes de soins & protection et de façon tout aussi importante cela pose la question du lien entre ces problèmes et les crimes commis. En outre, cela soulève la question du risque important de pénalisation de ce qui est principalement un problème de bien-être.

2. Lorsque le droit prévoit que les mineurs auteurs d'un crime soient gérés par un Tribunal pénal, dans quelle mesure ledit tribunal doit-il prendre en compte les problèmes de soins & protection ayant peut-être amené les jeunes criminels à passer à l'acte?

Comment le système juridique néo-zélandais gère-t-il cette interface ?

En Nouvelle Zélande, presque tous les jeunes criminels de moins de 14 ans (sauf en cas d'inculpation pour meurtre ou homicide) sont gérés en partant du principe que les problèmes de soins & protection sont la principale cause de leur passage à l'acte. Ce sont les Family Courts qui gèrent ces affaires (conformément aux dispositions de la Loi relative au Enfants, Jeunes personnes et leurs Familles de 1989) et non les Tribunaux pénaux. En d'autres termes, par définition, la plupart des infractions commises par des mineurs de moins de 14 ans sont considérées comme le fruit d'un problème de soins & protection. Toutefois, le spectre des enfants dont le passage à l'acte semble nécessiter une réponse punitive semble s'être récemment élargi. Depuis le 1er octobre 2010, la juridiction des Tribunaux pour mineurs a été étendue aux mineurs de 12 et 13 ans qui commettent des infractions passibles de poursuites ou en cas d'importantes récidives. Cette décision a été prise en dépit des nombreuses critiques émanant du Comité des Nations Unies pour les Droits de l'Enfant. La Nouvelle Zélande et d'autres pays tels que l'Azerbaïdjan et la Mongolie, figurent sur une liste de pays auxquels il a été demandé de revoir leur législation en la matière⁴. Toutefois, la

¹ Cette section contient des extraits du juge Andrew Becroft *Addressing the Underlying Causes of Offending: What is the Evidence ? Are There Lessons to be Learned from the Youth Justice System?* (Institute for Governance and Policy Studies Forum, Victoria University of Wellington School of Law, 26 February 2009) <<http://igps.victoria.ac.nz/>>.

² Centre for Social Research and Evaluation Te Rokapu Rangahau Arotake Hapori *Crossover between Child Protection and Youth Justice, and Transition to the Adult System* (July 2010), p 8 as cited in Judge Peter Boshier *Achieving Equity: Our Children's Right to Opportunity* (Wellington, 2012), p 4.

³ Judge Mark Marien SC *Cross-over Kids – Childhood and Adolescent Abuse and Neglect and Juvenile Offending* (Australia, 2012) www.childrenscourt.lawlink.nsw.gov.au/aqdbasev7/wr/assets/childrenscourt/m41005111/nat%20juv%20just%202012%20cross_over_kids_2012.pdf

⁴ Comité des Nations Unies pour les Droits de l'Enfant *Consideration of reports submitted by States parties under*

législation permet une certaine flexibilité et de renvoyer l'enfant vers l'informateur afin que des mesures relatives aux problèmes de soins & protection puissent être mises en place si est décidé qu'il s'agit d'un besoin impérieux⁵.

Passé l'âge de 14 ans, tous les jeunes criminels peuvent être déférés devant un Tribunal pour Mineurs. Mais même en l'espèce, il existe un processus qui permet de transférer les cas à un Coordinateur du Groupe Soins & Protection Famille, sous la direction du Juge pour mineurs (avec possibilité de renvoi vers un Family Court). Lorsque cela arrive, les inculpations pénales peuvent être ajournées puis le criminel entièrement déchargé de toute charge.

Lorsque des mineurs sont déférés devant un Tribunal pour mineurs, le problème vient à la fois de la responsabilité des mineurs et de la nécessité de mettre un terme à l'origine des infractions (ce dernier point a été intégré aux principes clef de la législation en 2010⁶); mais il existe également un principe explicite qui prévoit qu'un mineur ne doit pas être déféré devant un tribunal pour mineurs dans l'objectif de résoudre uniquement des problèmes liés à son bien-être⁷.

Ce système, d'un point de vue éthique, semble sain. En effet, il est souvent considéré comme un exemple. Dans les faits, il rencontre des problèmes de financement et des difficultés à répondre de manière satisfaisante aux besoins de responsabilisation et de bien-être des jeunes et mineurs ayant commis des infractions.

Forces et faiblesses du système néo-zélandais

Forces
Le système néo-zélandais évite une dichotomie inutile et rigide entre justice pour mineurs et dispositions relatives aux soins & protection en permettant un croisement entre ces deux domaines. L'ancien président du Tribunal pour Enfants du Nouvelle Galles du Sud, le juge Mark Marien SC prévient qu'il serait dangereux d'opérer une séparation stricte dans le contexte australien. En effet, « au cours des 25 dernières années, il était répandu (notamment du point de vue du gouvernement et des agences gouvernementales) de considérer ces deux juridictions à destination des mineurs comme étant séparées et distinctes.

article 44 of the Convention. Concluding observations: New Zealand (CRC/C/NZL/CO/3. 4, 11 April 2011) at [56].

⁵ Children, Young Persons and their Families Act 1989, s 280A. Passé l'âge de 14 ans, tous les jeunes criminels peuvent être déférés devant un Tribunal pour Mineurs. Mais même en l'espèce, il existe un processus qui permet de transférer les cas à un Coordinateur du Groupe Soins & Protection Famille, sous la direction du Juge pour mineurs (avec possibilité de renvoi vers un Family Court).

⁶ Children, Young Persons and their Families Act 1989, s 208(fa)

⁷ Children, Young Persons and their Families Act 1989, s 208(b).

Toutefois, elles ne le sont pas. Il existe un important chevauchement entre les deux juridictions car de nombreux jeunes auteurs d'infractions passés devant un tribunal pour enfants et notamment devant sa juridiction pénale sont suivis. Nous voyons dans notre juridiction pénale de jeunes auteurs d'infractions qui auraient dû bénéficier d'interventions de la part de l'agence pour la protection de l'enfant mais qui "sont passés entre les mailles du filet" du système de protection des enfants.⁸

La flexibilité entre ces deux systèmes permet aux jeunes auteurs d'infraction ayant des problèmes de soins & protection d'être suivis de manière appropriée et laisse place à l'interprétation de l'origine des infractions. Cela permet au système judiciaire de se concentrer sur les problèmes judiciaires et ne pas être impliqué dans des tâches de soins & protection, tâches pour lesquelles il n'est pas équipé.

Ce système ne pénalise pas le comportement d'enfants âgés entre 10 et 13 ans et, pour les jeunes âgés de 14 ans et plus, permet aux jeunes en infraction d'être suivis en fonction de la véritable origine de leur infraction. La loi de 1989 sur les Enfants, Mineurs et leurs Familles encourage à la reconstruction des familles et les aide à prendre le contrôle du comportement des jeunes en infraction. En d'autres termes, il s'agit d'une approche plus « éclairée » qui ne efface pas la distinction entre jeunes délinquants et problèmes de soins & protection.

Enfin, le tribunal pour mineurs a l'avantage des tribunaux spécialisés, il est conçu pour traiter les besoins sous-jacents des jeunes qui lui sont envoyés tout en apportant une réponse judiciaire au délit commis. L'Intensive Monitoring Group (« IMG ») Court of Auckland en est un exemple concret. Le Juge Tony Fitzgerald l'a mis en place en 2007 pour apporter une justice thérapeutique aux jeunes dont la santé mentale est à risque et/ou présentant une dépendance à l'alcool/aux drogues. Avant d'être déférés devant l'IMG Court, un plan d'action thérapeutique est préparé lors de la Conférence du Groupe Famille. Le cas du mineur est ensuite retiré au Tribunal pour mineurs pour que le processus IMG puisse commencer. Une fois le système IMG intégré, le jeune est attribué à un juge qui assure un suivi continu quant à l'évolution du jeune et de son plan. Le jeune rencontre de manière régulière le juge mais également une assistante sociale qui est chargée de l'affaire, ainsi qu'un groupe de professionnels qui appuient le jeune dans la réalisation de son plan d'action. Outre les professionnels qui entourent le jeune dans le

⁸ Judge Mark Marien SC Cross-over Kids . Childhood and Adolescent Abuse and Neglect and Juvenile Offending (Australia, 2012), p 5

cadre du principal Tribunal pour mineurs, l'équipe professionnelle de l'IMG comprend des fournisseurs de service, un représentant des Regional Youth Forensic Services et des représentants du Ministère de l'Éducation (disponibles dans quelques Tribunaux pour mineurs). Avant chaque assemblée de l'IMG, l'équipe professionnelle se rassemble et passe en revue les affaires prévues pour le jour même. A chaque rencontre, l'assistante sociale assignée à l'affaire du mineur doit produire un rapport écrit sur le respect du plan d'action et les problèmes devant être discutés par l'équipe. Le soutien thérapeutique intensif apporté au mineur est un moyen efficace de traiter certains des problèmes ayant pu conduire au passage à l'acte⁹.

Faiblesses

La difficulté avec le système néo-zélandais réside dans le fait que si les problèmes de soins & protection des mineurs sont pris en compte, les mineurs ne sont pas tenus de justifier leurs crimes. En outre, il s'agit d'un fardeau important pour le système de soins & protection qui ne dispose pas toujours des ressources adéquates pour faire face à cette charge de travail. Cette situation conduit à refuser de mener certains travaux, à une mauvaise communication et même à des conflits parfois. Les policiers sont parfois tentés de poursuivre de jeunes délinquants pour avoir accès aux services sociaux lorsqu'ils font face à d'importants retards de traitement de la part des agences gouvernementales.

Historiquement, les transferts d'un Tribunal pour Mineurs vers les Coordinateurs Soins & Protection ont toujours été inefficaces et il n'existe aucun mécanisme aisé permettant de s'assurer que le Juge pour mineurs reçoive les résultats.

Un autre problème: le manque de sensibilisation de certains Tribunaux pour mineurs aux besoins en matière de soins & protection des jeunes qui leur sont présentés. Ceci est vital dans le sens où cela permet au juge d'identifier le besoin le plus urgent à traiter (soins et protection ?) et la réponse adéquate à apporter, mais cela permet également au juge d'adapter les réponses apportées par le Tribunal pour mineurs. Depuis 2007, a été mis en place un protocole qui permet au Tribunal pour mineurs / des affaires sociales de demander le dossier d'un mineur à un autre tribunal. Avant cela, un juge pouvait très bien mettre en place des procédures relevant d'un tribunal pour mineurs / des affaires sociales sans avoir connaissance des problèmes rencontrés par l'autre juridiction (même des problèmes courants).

⁹ Paragraphe extrait de « IMG Court » in « Court in the Act » (newsletter of the Principal Youth Court Judge) (Vol 56)+, p 5
www.justice.govt.nz/courts/youth/publications-and-media/principal-youth-court-newsletter/principal-youth-court-judges-newsletter

Une plus grande promotion et sensibilisation à ce protocole est nécessaire.

Regarder vers l'avenir

Le juge Mark Marien SC souligne qu'afin de prévenir efficacement l'arrivée massive de cas de soins & protection dans les systèmes judiciaires pour adultes nous devons nous assurer que les agences de protection de l'enfant jouent un rôle dans le système judiciaire pour enfants et n'abandonnent pas les jeunes auteurs d'infractions souffrant d'importants problèmes entrés dans ce système.

Il souligne également, citant un récent rapport sur ce problème, que :¹⁰ « les adolescents maltraités en Australie nécessitent une intervention et un soutien précoces, notamment afin de réduire le risque d'infraction future. Nous devons comprendre combien d'enfants suivis sont impliqués dans des infractions et les interventions & services efficaces pour prévenir toute infraction future (Jonson-Reid, 2002, 2004), notamment pour les enfants et adolescents maltraités.

Il apparaît d'emblée que certaines mesures de prévention aient un impact, mais nous ne savons suffisamment pour qui elles fonctionnent ni dans quelles circonstances. Il est important d'acquiescer ces connaissances et de renforcer nos efforts relatifs à la protection de l'adolescent et de l'enfant. Il est important de comprendre qu'une intervention précoce doit se faire à tous les niveaux. La marge de manœuvre pour une intervention efficace, notamment en lien avec les comportements délinquants, n'est pas réduite après l'enfance, mais elle peut se révéler plus couteuse. Autre point crucial, la responsabilité Etat / parents vis à vis des enfants et des mineurs suivis ne doit pas s'arrêter une fois un délit commis et une fois le jeune considéré comme un problème alors que c'est l'enfant qui a des problèmes. »

Juge Andrew Becroft*, Juge Principal pour mineurs, Nouvelle Zélande

Cet article est un extrait d'un document¹¹ présenté lors de la Conférence Judiciaire pour Mineurs en Australasie: Changing Trajectories of Offending, qui a eu lieu à Canberra, Australie en mai 2013

¹⁰ Judge Mark Marien SC *Cross-over Kids – Childhood and Adolescent Abuse and Neglect and Juvenile Offending* (Australia, 2012), p 21
www.childrenscourt.lawlink.nsw.gov.au/aqdbasev7wr/_assets/childrenscourt/m41005111/nat%20iuv%20just%202012%20cross_over_kids_2012.pdf

¹¹ From Little Things, Big Things Grow+ (with thanks to Paul Kelly) *Emerging Youth Justice Themes in the South Pacific* by Judge Andrew Becroft

Rencontre annuelle du Conseil des tribunaux de la jeunesse et des mineurs du Pacifique Sud

Emily Bruce



Emily Bruce



Juges et Magistrats à Hoani Waititi Marae

Dimanche, le 22 septembre, les juges et magistrats du Pacifique, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande eurent le plaisir de se retrouver sur les belles terres de Hoani Waititi Marae, à l'ouest d'Auckland, lors d'une p whiri (cérémonie de bienvenue). Partie traditionnelle du p whiri, la « whakawhanaungatanga » qui vise à tisser des relations et des liens, a permis à chaque personne présente de faire état de ses origines, de sa provenance et de rencontrer les nouveaux arrivants et ceux qui étaient déjà sur place. Ainsi commençait une semaine d'apprentissages et de partages intenses de connaissance.

i) Le Conseil des tribunaux de la jeunesse et des enfants du Pacifique Sud

Tous les juges et magistrats présents au p whiri étaient à Auckland en vue de la réunion annuelle du Conseil des tribunaux de la jeunesse et des enfants du Pacifique Sud (CTJEPC). Ce Conseil est un regroupement judiciaire indépendant et autonome des dirigeants des tribunaux concernés, ouvert à tous les états souverains du Pacifique Sud et à tous les États et territoires de l'Australie. Le pays membre qui ne dispose pas de tribunaux pour enfants peut être représenté par un juge ou un magistrat engagé dans le développement du droit de la jeunesse et des enfants, sur approbation de l'autorité juridictionnelle dudit pays.

Le Conseil réuni initialement en 1995 et désigné sous son nom actuel en 2004 se rencontre chaque année. Il est présidé par rotation, généralement en alternance entre l'Australie, Nouvelle-Zélande et les différentes îles du Pacifique. Ses réunions sont organisées par la présidence en fonction. Il s'agissait cette année du Juge Andrew Becroft, Juge en chef du Tribunal de la jeunesse de Nouvelle-Zélande, assisté de la Juge Ida Malosi, magistrate d'expérience du même tribunal affecté aux îles Samoa par le gouvernement néo-zélandais.

La réunion de cette année a rassemblé des représentants de la Nouvelle-Zélande, de tous les États australiens (sauf l'Australie du Sud) et des huit États du Pacifique (Samoa, Îles Salomon, Kiribati, îles Cook, Niue, Tonga, Papouasie Nouvelle Guinée et Vanuatu), Palaos, les Fiji et Tokelau s'étant excusés. La participation des huit délégués du Pacifique a été défrayée par ND Aid et les autres coûts assumés par le Ministère de la Justice de Nouvelle-Zélande.

ii) Apprentissage mutuel diversifié entre les pays participants

L'émphase, cette année, s'est portée sur l'échange diversifié des savoir-faire à travers l'observation du fonctionnement de la justice des mineurs en Nouvelle-Zélande, la discussion et l'information sur les systèmes en vigueur ailleurs, l'initiation aux différents programmes de justice en cours dans le Pacifique Sud et en écoutant des experts en matière de travail et de communication auprès des jeunes.

De la Nouvelle-Zélande

Les délégués se sont penchés sur trois aspects importants du processus judiciaire pour mineurs.

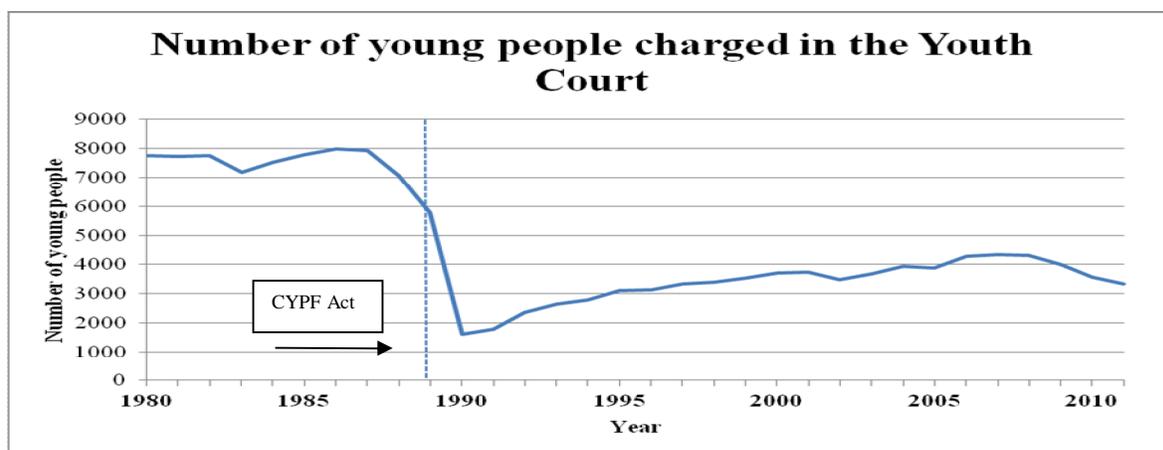
• **Non accusation et mesures alternatives**

Selon un principe fondamental de la Young Persons and their Families Act de 1989, à moins que l'intérêt public ne l'exige, les poursuites pénales ne peuvent être entreprises contre un enfant ou un adolescent s'il existe des moyens alternatifs de résolution. Entre l'introduction de la loi en 1989 et 1990, le nombre de cas d'adolescents amenés devant la cour a vite plongé de 10,000 à un peu plus de 2000, comme l'indique le graphique¹ ci-dessous.

En fonction de ce principe, environ 72% des infractions de mineurs (entre 14 et 16 ans) ne passent pas par la cour aujourd'hui.² En lieu et place, un jeune peut recevoir un avertissement ou, si l'on croit une autre intervention nécessaire, être référé au Police Youth Aid (une section policière spécialement formée pour travailler avec les jeunes) pour une « mesure alternative ». Celle-ci implique la création d'un plan administré et supervisé par la Police Youth Aid qui inclut, par exemple, des excuses, une réparation ou un travail communautaire. Le plan se veut aussi créatif et imaginatif que leurs auteurs le souhaitent. Les composantes du plan tablent habituellement sur les ressources locales.

¹ Graphique adapté de Jin Chong Youth Justice Statistics in New Zealand: 1992 to 2006 (Wellington, Ministry of Justice, August 2007); et Ministry of Justice Child and Youth Offending Statistics in New Zealand: 1992 to 2007 (Fevrier 2009) à 29.

² Calcul basé sur les National Annual Police Apprehensions Statistics, disponibles sur le site www.stats.govt.nz



Au cours de la semaine, les délégués entendirent une conférence de l'inspecteur Kevin Kneebone (chargé de la prévention, des mineurs et des communautés) sur la Police Youth Aid. L'exposé portait sur les méthodes réservées aux jeunes pour éviter la justice pénale formelle et la manière de les appliquer en Nouvelle-Zélande.

- **Conférences familiales**

Quand des jeunes comparaissent devant le Tribunal pour enfants en Nouvelle-Zélande, on leur demande s'il nie ou ne nie pas l'accusation (cette étonnante double négation rend possible une conférence familiale sans qu'une admission formelle soit requise). S'ils ne nient pas l'accusation, ils sont renvoyés à une conférence familiale. Celle-ci permet à la famille du contrevenant, à la victime, à la police et à d'autres personnes de collaborer au dossier et de dresser un plan en vue du traitement de l'infraction. Ce plan est généralement approuvé par le juge qui le supervise régulièrement. (NB : les conférences familiales servent aussi à d'autres fins dans le cadre de la justice des mineurs)

Ces conférences sont avantageuses. Elles permettent aux familles et aux communautés de se rendre responsables du jeune et de son infraction. Elles apportent une appropriation et une légitimité au plan proposé au juge ainsi que des solutions plus créatives et culturellement plus appropriées à l'offense. Si elle y participe, la victime peut s'impliquer significativement et peut même se sentir trouver apaisée. Les délégués du Conseil ont échangé avec les intervenants sociaux du Family Group Conference. Ils ont aussi observé la supervision de plans par la cour.

- **Tribunaux spécialisés pour la jeunesse**

Une fois le plan configuré par la conférence familiale pour le mineur, celui-ci comparaît régulièrement devant le tribunal juvénile pour évaluer les progrès accomplis grâce à lui. À ce stade, la Nouvelle-Zélande confie à des tribunaux spécialisés pour mineurs la surveillance des plans ainsi conçus par les conférences familiales, tels que les Tribunaux pour mineurs de Rangatahi et de Pasifika (lesquels prennent en compte les

rites et coutumes de Maoris et du Pacifique), le Groupe de surveillance judiciaire intensive (qui s'occupe des jeunes ayant aussi des besoins de prise en charge et de protection) et un Tribunal spécialisé dans les affaires de stupéfiants (basé à Christchurch).

Les délégués ont pu se rendre au Tribunal de Hoani Waititi Rangatahi (à Hoani Waititi Marae où les invités étaient aussi bienvenus), de Mangere Pasifika, aux locaux du Groupe de surveillance judiciaire intensive et entendre un exposé sur le Tribunal traitant les affaires de drogue de Christchurch.

Impressions

Plusieurs délégués ont admis que l'observation sur le terrain des initiatives néo-zélandaises a été pour eux une expérience forte et utile. Le groupe s'est accordé à dire que la démarche de détournement des mineurs du système pénal confiant des responsabilités aux familles et à la communauté était positive et bonne à développer. Plusieurs ont ajouté qu'une telle approche correspondait aux recherches sur les jeunes en neuroscience dont il a été question lors de la rencontre (voir ci-après sous "Enseignements tirés des Experts").

Les visites aux tribunaux de Rangatahi et de Pasifika ont orienté les discussions autour de pratiques propres à traiter la représentation indigène disproportionnée au sein des systèmes juvéniles. Il s'agit d'un problème pour plusieurs pays membres du Conseil. Les délégués furent impressionnés par l'impact de l'intégration de la culture propre aux Maoris et au Pacifique dans le processus pénal formel réservé aux mineurs du fait qu'elle ajoute une dimension nouvelle et majeure. Ils ont aussi estimé que la présence des aînés des communautés Maories et du Pacifique à la cour, assis près du juge et donnant des conseils aux jeunes leur conférait du pouvoir sur le processus.

Enseignements tirés d'autres systèmes judiciaires pour mineurs

Le système de justice des mineurs néo-zélandais n'a pas été le seul discuté (bien qu'il titre de pays

hôte, la Nouvelle-Zélande devait donner le ton). Des mises à jour ont aussi été faites sur le développement et d'autres problèmes survenus dans les États et territoires australiens tels que la fermeture de Cours juvéniles spécialisées dans les affaires de stupéfiants et Kouri dans le Queensland. On a beaucoup appris sur les diverses interactions des systèmes judiciaires avec les mineurs. Par exemple, dans les pays dépourvus d'un système de justice juvénile séparé, distinguer les dossiers des jeunes de ceux des adultes constitue un premier pas important. Une manière pratique de le faire est d'attribuer un code de couleur aux dossiers afin que leur référence à un enfant ou à un adulte soit claire. Ce mécanisme simple et efficace suggéré par un délégué du Pacifique a été applaudi par plusieurs délégués qui, ne bénéficiant pas d'un tel système, pourront l'importer pour implantation chez eux.

Apports des Initiatives dans le Pacifique Sud

Les participants furent aussi informés du travail effectué par le Programme de développement judiciaire du Pacifique et de l'essor qu'il a donné au développement des systèmes de justice et de protection juvénile dans divers pays. Présent tout au cours de la semaine, le Juge Peter Boshier, qui y fut assigné et qui a été un formateur dans le Pacifique a fait une présentation appréciée du Programme et des services qu'il offre.

Les délégués du Pacifique ont aussi fait connaître à l'assemblée le travail notable accompli par les ONG et autres organisations oeuvrant dans le Pacifique. Save the Children est par exemple une organisation citée par plusieurs pays du Pacifique comme jouant un rôle majeur dans le développement des systèmes judiciaires juvéniles.

Apports des experts

La rencontre visait à améliorer la compétence des délégués à travailler auprès des jeunes et plus particulièrement des indigènes et des Pasifika. Lors d'un atelier remarqué par plusieurs délégués, l'organisme charitable néo-zélandais Brainwave Trust lequel informe la communauté sur le développement du cerveau des enfants et des adolescents à partir de recherches scientifiques (<http://www.brainwave.org.nz/>) a offert une présentation. L'exposé a d'abord porté sur la croissance importante du cerveau d'un enfant pendant les trois premières années de sa vie, montrant ainsi toute l'importance d'aider un enfant durant la petite enfance afin de prévenir plus tard son entrée dans le système de justice des mineurs ou des adultes. À l'aide d'un schéma du cerveau d'un adolescent et des données scientifiques recueillies, il montrait que ce cerveau étant en cours de maturation, il était prouvé que la prise de risque est plus prompte chez le jeune que chez l'adulte. Les présentateurs ont passé en revue des méthodes

efficaces de communication avec les jeunes, permettant aux délégués de réfléchir avec sérieux sur le comportement des mineurs devant la cour et sur la portée de leurs propres agissements en termes de message devant le tribunal.

Pour les juges néo-zélandais, il fut utile d'en apprendre davantage sur les tendances criminelles des jeunes du Pacifique dans le pays. Dre Ian Lambie et Dre Julia Ioane de l'Université d'Auckland ont livré un exposé pénétrant sur la communication avec les jeunes, en particulier les jeunes Pasifika auteurs de violences.

iii) L'avenir du Conseil

Au dernier jour de la rencontre, les participants discutèrent de l'avenir du Conseil et des moyens par lesquels ils pourraient le mieux aider les uns les autres à développer des systèmes judiciaires séparés pour les mineurs. Là-dessus, une grille d'évaluation en du système judiciaire des mineurs en 15 points a été préparée, donnant ainsi à la Nouvelle-Zélande, aux États australiens et aux pays du Pacifique un outil facile pour évaluer leur système de justice des mineurs (ou lorsqu'il n'existe pas, le traitement réservé aux jeunes dans le système des adultes). Les délégués et les membres l'ont présentée en leur possession. Lorsqu'elle sera complétée, il sera temps de statuer sur les champs d'intérêt futurs que le Conseil ciblera et de voir s'il y a lieu pour lui de fournir aux États plus de support.

Si un pays du Pacifique (ou membre anglophone de l'AYFJM) qui n'a pas reçu cette grille souhaiterait en faire usage ou se joindre au Conseil, il est le bienvenu. Il suffit de m'envoyer un courriel demandant une copie à Emily.bruce@justice.govt.nz. Nous recevons avec plaisir toute suggestion des lecteurs de *Chronicle* sur l'amélioration du système judiciaire pour la jeunesse et la protection des enfants (toujours par courriel). La prochaine rencontre annuelle du Conseil se tiendra aux Îles Samoa qui en assumera aussi la présidence. La Nouvelle-Zélande assumera le secrétariat du Conseil jusque-là.

Participer à l'organisation de cette assemblée en Nouvelle-Zélande a été un honneur et un privilège. Rencontrer des juges du Pacifique soucieux de rendre le processus de justice aussi efficace que possible auprès des jeunes fut une joie. Aux délégués qui y ont participé, je dis merci d'être venus en Nouvelle-Zélande en espérant que nos échanges se continuent.

Emily Bruce est avocate conseillère du Juge en chef du Tribunal de la jeunesse, assistante de recherche juridique auprès du juge Becroft et de d'autres juges du même tribunal en Nouvelle-Zélande.

Évaluation en 15 points d'un système judiciaire pour mineurs

Conseil des Tribunaux pour mineurs et enfants du Pacifique Sud



A. Introduction

Ce document est issu de la 18e rencontre du Conseil des Tribunaux pour mineurs et enfants du Pacifique Sud (CTMEPS) à Auckland, Nouvelle-Zélande. La réunion a démontré la nécessité de disposer d'un instrument d'évaluation permettant au Conseil de déterminer la teneur actuelle et les besoins des systèmes judiciaires pour mineurs des pays/États du Pacifique Sud.

Les 15 points de cette évaluation sont le fruit d'une consultation des membres du CTMEPS et s'inspirent du document intitulé « Les 10 caractéristiques d'un bon système judiciaire pour mineurs » que le Juge en chef du tribunal des mineurs de Nouvelle-Zélande Andrew Becroft a rédigé aux fins du Programme de développement judiciaire du Pacifique ainsi que du texte « 10 points pour un système judiciaire pour enfants juste et efficace » provenant de Penal Reform International¹). Nous aurions aimé un plan en 10 points, ne serait-ce que pour la simplicité numérique. Cependant, nous sommes d'avis que 15 critères importants sont requis pour évaluer tout système judiciaire pour mineurs.

B. Comment cela fonctionne-t-il ?

Pour chaque question, veuillez indiquer dans l'évaluation la couleur (voir schéma ci-dessous) qui s'applique le mieux à votre État.

Rouge = non respect

Orange = respect partiel

Vert = plein respect

C. Notes

1. De nombreux pays/États n'ont pas de législation officielle pour mineurs (ils fonctionnent néanmoins en cohérence avec les principes des meilleures pratiques législatives à l'égard des enfants). Du point de vue de cette évaluation, cela ne correspond qu'à la note « respect partiel ». Le plein respect n'est atteint qu'en présence d'une législation appropriée.
2. Une case « commentaire » se trouve sous chaque question. Vos idées seront utiles, particulièrement si vous avez opté pour l'orange (respect partiel).
3. Ces informations serviront à :
 - a) Identifier les États devant bénéficier en priorité de l'aide du Conseil, et
 - b) Identifier les domaines prioritaires pour le Conseil.
4. Le terme « enfant » est utilisé partout dans l'évaluation (au lieu de « jeune personne » ou « jeune »). Conformément à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, le mot « enfant » signifie ici toute personne âgée de moins de 18 ans.
5. Le CTMEPS incluant des pays et des États et Territoires internes à l'Australie, l'évaluation réfère à « pays/États pour mieux distinguer.

¹ www.penalreform.org/resource/tenpoint-plan-faireffective-criminal-justice-children

D. Le questionnaire

1. Existe-t-il une politique gouvernementale de « prévention du crime chez les enfants »?

- Le pays/État a-t-il des politiques d'intervention précoce pour les enfants à risque d'entrer en conflit avec la loi (ex : enfants marginalisés de familles défavorisées et ceux de l'assistance publique) et visant à éviter aux enfants d'avoir affaire avec la justice?

Évaluation: Rouge Orange Vert

Commentaires:

2. Âges minimal et maximal de juridiction concernant les enfants

- Le pays/État fixe-t-il la responsabilité pénale à 12 ans et plus?
- Le pays/État précise-t-il que le traitement en adulte commence au 18^e anniversaire aux fins des procédures pénales?

Évaluation: Rouge Orange Vert

Commentaires:

3. Existe-t-il un système judiciaire pénal séparé doté d'un personnel qualifié pour les enfants?

- Le pays/État dispose-t-il d'un système judiciaire pénal séparé pour les enfants ou les enfants sont-ils gérés par le système pour adultes?
- Le personnel travaillant auprès des enfants (police, juges, avocats et fournisseurs de services sociaux gouvernementaux et non gouvernementaux) sont-ils spécialement et spécifiquement formés au travail auprès des enfants?

NB : si votre État dispose d'un système judiciaire pénal séparé qui n'a pas été régulé par une loi (c.-à-d. éléments informels tels que des salles d'audience séparées et des juges spécialisés pour les enfants), cela correspond à un respect partiel (case orange).

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

4. Limitation des accusations retenues contre les enfants

- Une règle législative autorise-t-elle à ne pas accuser des enfants quand on a une alternative valable?
- La majorité des enfants auteurs de crime est-elle gérée en dehors du système judiciaire; un système alternatif permet-il de traiter les crimes les moins graves en dehors des tribunaux?
- Existe-t-il une option permettant de libérer un enfant sans casier judiciaire s'il se comporte bien face au tribunal?

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

5. Mesure de délégation (partielle) du processus décisionnel aux familles, victimes et communautés.

- Les familles, victimes et communautés ont-elles la possibilité de participer à la prise de décision lors des étapes clés du processus judiciaire pour mineurs? (décision d'accuser, mise sous garde et résolution des accusations incluant la sanction)

NB : le processus décisionnel appliqué par exemple par le FGC en Nouvelle-Zélande est toujours sujet à l'approbation et à la supervision du Tribunal.

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

6. S'assurer que les enfants ont le droit d'être entendus et sont encouragés à prendre part aux procédures

- Les enfants ont-ils l'opportunité et le support nécessaire pour exprimer leurs points de vue et leur position est-elle prise en compte sur les questions qui les affectent?
- En plus d'être supportée et encouragée, la participation des enfants relève-t-elle du devoir des avocats et des juges?
- Existe-t-il une obligation légale de conseil pour les jeunes (avec ou sans détermination des moyens utilisés) ?

NB: Une des façons d'assurer la participation de l'enfant au processus hors du tribunal est énoncée au point 5 ci-dessus.

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

7. Interdiction et prévention de toute forme de violence contre les enfants en conflit avec la loi

- Les sanctions impliquant la violence physique contre les enfants sont-elles bannies? (châtiments corporels, fouet, flagellation); et
- la violence contre les enfants arrêtés ou détenus est-elle sous tolérance zéro?
- Existe-t-il une procédure indépendante de plainte à l'usage des enfants?

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

8. Abolition des délits d'ordre statutaire

• Le pays/État a-t-il aboli les délits d'ordre statutaire (ex: criminalisation d'un comportement non pas sur la base d'une action ou omission prohibée, mais en raison de l'appartenance de l'enfant à une catégorie ou selon un statut particulier)? NB : cela signifie souvent que des actes qui ne sont pas criminels pour des adultes le sont si commis par un enfant en raison de son âge, ex :

- Délinquance
- Fugue
- Violation d'un couvre-feu (NB: référant aux couvre-feux universels imposés aux enfants dans un État/pays. Les ordonnances judiciaires de couvre-feux sont exclues).
- Possession d'alcool ou de tabac

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

9. Prise de décision au moment opportun et résolution des accusations

- Les décisions affectant l'enfant sont-elles prises et appliquées dans un cadre temporel approprié à la perception du temps chez lui?
- Si les accusations ne sont pas résolues dans un délai raisonnable pour l'enfant ou son traitement retardé indûment ou sans nécessité, une disposition prévoit-elle un rejet possible par le Tribunal?

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires

Nous aimerions également savoir ici si un cadre temporel détermine ce qui est raisonnable pour l'enfant en termes de jours, semaine ou mois.

10. Approches pénales basées « sur la preuve »?

- Le pays aide-t-il les enfants à régler les problèmes sous-jacents à leur délit en les référant à des programmes conditionnés par la preuve établie? (ex. : des recherches démontrent-elles que ces programmes fonctionnent vraiment?)

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

11. Garder l'enfant dans sa famille ou sa communauté

- Lorsque cela est possible, l'enfant est-il gardé et traité dans sa famille ou sa communauté ?

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

12. Possibilité de transférer le cas à un système de bien-être et de protection dont peut avoir besoin l'enfant

- Si apparaît, à quelque étape des procédures, que l'enfant a besoin de soins et de protection, est-il possible de le référer aux services concernés et si nécessaire, de retirer l'affaire du système judiciaire des mineurs?

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

13. Usage et peine d'enfermement en dernier recours

- Une disposition légale désigne-t-elle l'enfermement comme une mesure de dernier recours?
- À défaut de loi, le principe de l'enfermement comme dernier recours a-t-il été développé par l'autorité compétente?
- En pratique, l'usage de l'enfermement dans des centres pour mineurs et dans les prisons pour adultes est-il limité?

- Existe-t-il des prisons ou résidences spécialisées dans l'accueil des enfants?

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

NB: nous aimerions savoir ici si le principe de détention en dernier recours a été développé par le législateur ou l'autorité compétente.

14. Développement et implantation de programmes de réintégration et de réhabilitation pour les enfants en détention

- Lorsqu'il est approprié de détenir un enfant, l'objectif premier de toutes les politiques et programmes des institutions est-il de le réhabiliter et de le réintégrer dès son arrivée?

NB : La réhabilitation sera plus efficace dans des institutions assez petites pour offrir un traitement individuel, là où l'enfant se sent en sécurité, où les soins médicaux sont offerts et où il peut facilement participer à la vie sociale et culturelle de la communauté où se situe l'établissement. Les institutions devraient favoriser le contact avec la famille et d'autres réseaux de support à l'enfant. Elles devraient lui offrir la possibilité d'acquérir des compétences de vie au moyen d'activités éducatives, professionnelles, culturelles et récréatives et fournir des services favorisant son retour au sein de la société. Les besoins individuels des enfants suscités par des troubles mentaux, l'abus de drogues, la recherche d'emploi et le conseil aux familles devraient être pris en charge.

Évaluation: Rouge Orange Vert

Commentaires:

15. Preuves et données précises concernant la gestion du système judiciaire pénal pour enfants

- Le pays dispose-t-il d'un système séparé de recueils des données pour les enfants et pour les adultes capable d'aider à saisir les tendances délictuelles et à prévenir la criminalité et la récidive des enfants? À tous le moins le pays dispose-t-il de :

- Données sur la quantité de dossiers juvéniles (nombre d'incidents rapportés à la police; nombre d'enfants interpellés et accusés);
- Données policières sur le nombre et la nature des règlements alternatifs;
- Données sur la nature et les résultats des règlements judiciaires;
- Données sur les caractéristiques des dossiers [type d'offense, genre, importance de la peine, niveau d'instruction, etc.];
- Données relatives aux ressources [coûts administratifs du système juvénile].

Évaluation : Rouge Orange Vert

Commentaires:

Rencontre annuelle du **Conseil des Tribunaux pour mineurs et enfants du Pacifique Sud* (SPCYCC)** Septembre 2013

Plan en dix points pour une justice pénale équitable et efficace pour les enfants

Penal Reform International & Interagency Panel on Juvenile Justice

Introduction

La majorité des enfants ou personnes de moins de 18 ans¹ en conflit avec la loi sont issus de communautés démunies et marginalisées et les agissements criminels reflètent souvent l'incapacité de l'État à les protéger et de leur fournir ce dont ils ont besoin². Dans de nombreux pays, la frontière entre les enfants qui commettent des délits et ceux qui ont besoin de protection, comme ceux qui vivent dans les rues, les jeunes souffrant de maladies mentales et ceux qui se livrent à la prostitution, n'est pas clairement définie. Il en résulte que les enfants qui ont besoin d'être soutenus par les organismes de protection de l'enfance et de sécurité sociale constatent que, au contraire, leur conduite est criminalisée. En plus, le grand public a souvent peur des délits commis par les jeunes, une peur disproportionnée si l'on considère la réalité, qui alimentent souvent les médias. Dans de nombreux pays, plus de 50 % de la population a moins de 18 ans mais le nombre de crimes commis par des enfants est relativement faible et ce sont les adultes qui commettent la proportion la plus importante de délits³.

Les accusations « d'indulgence » face aux délits risquent d'encourager les États à ne pas tenir compte des preuves de plus en plus nombreuses qui attestent que des sanctions sévères imposées aux enfants en conflit avec la loi sont contre-productives et ne font pas reculer la criminalité⁴. L'opprobre qui accompagne l'association avec le système de justice pénale peut aussi mettre à mal les perspectives d'avenir des enfants⁵. La privation de liberté peut constituer un préjudice psychologique et physique à long terme coûteux, tandis que le surpeuplement et les mauvaises conditions de détention menacent le développement, la santé et le bien-être des enfants⁶. Les filles sont particulièrement exposées aux sévices sexuels et la détention risque de les exposer à des problèmes de santé mentale. Le retrait des enfants des réseaux familiaux et communautaires et l'absence de possibilités de poursuivre des études ou d'apprendre un métier à des étapes critiques de leur vie pour leur développement peuvent contribuer à des désavantages sociaux et économiques et à leur marginalisation.

Pourtant, dans de nombreux pays, des enfants sont arrêtés pour des délits relativement mineurs, détenus pendant de longues périodes en attente de leur procès, soumis à de longues peines d'emprisonnement et traités comme des adultes par le système de justice pénale. Selon l'UNICEF, plus d'un million de jeunes de moins de 18 ans seraient privés de liberté de par le monde, dont beaucoup sont détenus avec des adultes⁷.

¹ Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

² Les recherches effectuées par un grand nombre de juridictions différentes soutiennent cette thèse; voir, notamment *The Right Not to Lose Hope: Children in Conflict with the Law – A policy analysis and examples of good practice* (Save the Children: 2005), p 18. Ce document cite entre autres une étude de cas sur les enfants en conflit avec la loi dans trois districts d'Ouganda selon laquelle 70 % des enfants ont donné comme explication du vol commis la nécessité de satisfaire leurs propres besoins, en particulier en nourriture. Voir également *Blind Alley: Juvenile Justice in India* (Haq: 2010) p.16 qui cite des statistiques du National Crime Records Bureau selon lesquelles les enfants en conflit avec la loi en Inde proviennent en grande majorité de milieux pauvres. Voir également *Punishing Disadvantage: a profile of children in custody* (Prison Reform Trust: 2010) p. viii qui établit que les enfants en conflit avec la loi au Royaume-Uni ont connu plusieurs types de désavantages complexes.'

³ *The Right Not to Lose Hope: Children in Conflict with the Law – A policy analysis and examples of good practice* (Save the Children: 2005) p. 11. Dans une étude réalisée en Europe, il a été estimé que moins de 15 % des délits avaient été commis par des enfants de moins de 18 ans.

⁴ Les études démontrent que les taux de récidive des enfants qui ont été détenus ne sont pas très différents ou sont supérieurs aux taux pour les enfants qui ont été condamnés mais non privés de liberté. Voir, par exemple, *Juvenile reconviction: results from the 2003 cohort* (Home Office Report: 2005).

⁵ Les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Les Principes directeurs de Riyadh) établissent dans le par. 5 (f) que « d'après l'opinion prédominante des experts, qualifier un jeune de "déviant", de "délinquant" ou de "prédélinquant" contribue souvent au développement chez ce dernier d'un comportement systématiquement répréhensible ».

⁶ L'étude de l'ONU sur la violence révèle le type d'impact négatif que la détention peut avoir sur le respect des droits de l'enfant - Paulo Sérgio Pinheiro, *Rapport mondial sur la violence contre les enfants*, Étude du Secrétaire général des Nations Unies sur la violence contre les enfants, Genève, (2006).

⁷ Ces chiffres proviennent de *Defence for Children International Kids Behind Bars: A child rights perspective - Conference Report* (DCI/Kids Behind Bars: 2005) p.7.

Penal Reform International (PRI) et les membres du Groupe interinstitutions sur la justice pour mineurs (IPJJ) estiment qu'un système de justice pénale équitable et efficace pour les mineurs devrait être conforme aux normes internationales, promouvoir le bien-être de l'enfant et administrer des peines en rapport avec le délit en tenant compte des caractéristiques individuelles de l'enfant. Le système judiciaire devrait viser à prévenir la criminalité, prendre des décisions conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant, traiter les enfants de manière équitable et appropriée pour leur développement, s'attaquer aux causes profondes des délits et tout faire pour la réinsertion des enfants afin qu'ils puissent jouer un rôle constructif dans la société à l'avenir. Dans la mesure du possible, les enfants devraient être pris en charge par des structures extérieures au système officiel de justice pénale.

Le Plan en dix points ci-dessous porte sur les différentes méthodes à la disposition des législateurs, des décideurs et des praticiens de la justice pénale pour traiter efficacement et positivement la problématique des enfants en conflit avec la loi en privilégiant : la prévention, soustraire les enfants au système judiciaire applicable aux adultes, la réinsertion, et la promotion de peines autres que l'emprisonnement. Il s'appuie sur des instruments internationaux pertinents, notamment la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, les Règles minima des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile, les Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté, les Directives relatives aux enfants dans le système de justice pénale, l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et les Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes qui établissent des normes spécifiques pour les filles.

Plan en dix points pour une justice pénale équitable et efficace pour les enfants

1. Élaborer et appliquer une stratégie de prévention du crime pour les enfants

On ne soulignera jamais assez combien il est important d'empêcher que les enfants n'entrent en conflit avec la loi⁸. Un système de protection de

l'enfant privilégiant la prévention du crime en s'attaquant aux causes profondes des problèmes sociaux tels que la pauvreté et les inégalités, et qui encourage l'insertion et l'accès aux services de base, peut avoir une grande importance pour les enfants. Cependant, il convient que les politiques ciblent spécifiquement les enfants qui risquent d'entrer en conflit avec la loi comme groupe particulier. Elles doivent encourager les enfants à avoir un comportement social et à s'intégrer en s'appuyant sur leur famille, leur communauté, leur groupe de pairs, leur école, les organisations bénévoles, la formation professionnelle et le travail. Elles doivent apporter un soutien aux familles particulièrement vulnérables et promouvoir l'enseignement des droits fondamentaux dans les écoles et les médias. Il est particulièrement important de s'assurer que ce type d'interventions atteint les enfants qui courent le plus de risques de commettre des délits, comme les enfants marginalisés de familles à revenus plus faibles et ceux qui sont pris en charge par les services sociaux.

2. Réunir des données probantes et informations exactes sur l'administration de la justice pénale aux enfants et les utiliser pour étayer une réforme politique

Il est vital que les États comprennent ce qui fonctionne bien dans leur contexte pour éviter que les enfants ne commettent des délits et ne récidivent. Il est donc important que les États réunissent des données probantes et ventilées sur la pratique et l'application de la justice pénale aux enfants. Il convient au minimum d'enregistrer et d'utiliser stratégiquement les données et les informations suivantes : nombre de cas impliquant des enfants (nombre d'incidents déclarés à la police; nombre d'enfants condamnés; nombre d'enfants détenus et dans quelle catégorie d'établissements, etc.); données caractéristiques des cas (types de délits; âge du délinquant; sexe; sévérité de la condamnation; niveaux d'éducation, etc.) et données relatives aux ressources (le coût administratif du système pour les enfants). Les États pourront ainsi identifier les tendances en matière de délit et mesurer l'efficacité des mesures et des programmes. Les « 15 indicateurs de la justice pour mineurs » compilés par l'UNICEF/ONU DC (2006)⁹ constituent un cadre de base pour mesurer et réunir des informations spécifiques de façon à présenter de manière adéquate la situation des enfants en conflit avec la loi et de l'évaluer. Un suivi et une évaluation réguliers des mesures et des programmes garantissent que les États affectent les

⁸ Pour de plus amples informations sur la prévention, consulter les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Les Principes directeurs de Riyadh), résolution de l'Assemblée générale 45/112 du 14 décembre 1990; voir également le Comité des droits de l'enfant (CRC), *Observation générale No. 10 (2007) : Droits de*

l'enfant dans le domaine de la justice pour mineurs, 25 avril 2007, CRC/C/GC/10, paras 15-21.

⁹ Voir le Manuel de mesure des indicateurs de la justice pour mineurs, UNODC and UNICEF (2006).

ressources efficacement et améliorent constamment leurs interventions. Les États doivent combattre des idées préconçues largement répandues concernant les enfants en conflit avec la loi en diffusant des informations et des chiffres appropriés sur la criminalité, ainsi que sur les programmes et les initiatives qui ont contribué à faire reculer les délits commis par des enfants. Il faut aussi encourager les médias à faire connaître les chiffres et les faits précis lorsqu'ils parlent d'enfants qui ont commis des délits.

3. Relever l'âge de la responsabilité pénale

Les États fixeront l'âge minimum le plus élevé possible de la responsabilité pénale compte tenu de la maturité affective, mentale et intellectuelle des enfants; selon le Comité des droits de l'enfant, cet âge de devrait pas être inférieur à 12 ans et plus âgé de préférence¹⁰. Les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de la responsabilité pénale ne devraient en aucun cas entrer en contact avec le système de justice pénale. Certains pays continuent à appliquer le *doli incapax*, selon lequel il faut prouver que les enfants plus âgés, dans certaines limites, que l'âge minimum de responsabilité pénale ont la maturité nécessaire pour être tenus responsables de leurs actes. Étant donné que le principe juridique du *doli incapax* est très fréquemment utilisé à mauvais escient, il conviendrait que les États le révoquent au profit d'un âge minimum de responsabilité pénale qui ne doit pas être inférieur à 12 ans.

4. Établir un système de justice pénale séparé pour les enfants doté d'un personnel compétent

Dans de nombreux pays, les enfants en conflit avec la loi sont soumis au système de justice pénale des adultes, qui tient peu ou pas compte du tout de leur âge, de leur vulnérabilité et de leur droit à une protection spéciale¹¹. Un système séparé destiné à tous ceux qui ont atteint l'âge légal de responsabilité pénale mais qui ont moins de 18 ans devrait être mis en place et devrait être appliqué dès le premier contact et jusqu'à ce que toutes les interactions avec le système aient pris fin. Ce système devrait être appliqué indépendamment de la nature du délit et, dans la limite des ressources disponibles, devrait comporter des autorités et des institutions spécialisées séparées, notamment des unités séparées dans les postes de police et des tribunaux séparés, meublés et disposés de manière accueillante pour les enfants, où

siégeraient des juges spécialisés. Tous ceux qui travaillent dans le système de justice pénale pour enfants – les avocats, les juges, la police, le service de probation, le service de détention et les services sociaux – devraient avoir accès régulièrement à des formations spécialisées.

5. Abolir les délits d'état

Par délits d'état, on entend : l'absentéisme de l'école, les fugues, le non-respect du couvre-feu ou la possession d'alcool ou de tabac. Ce type de conduite n'est pas considéré comme un délit pénal s'il est commis par un adulte, mais un enfant peut être arrêté et détenu simplement en raison de son âge. Les délits d'état portent de manière disproportionnée sur la conduite des filles, ainsi que des filles et des garçons qui sont pauvres, désavantagés, ou qui travaillent ou vivent dans les rues et passent donc une grande partie de leur temps loin de la maison. Ces délits devraient être abolis et ce type de conduite devrait relever de mécanismes multi-institutions de protection de l'enfance comprenant des systèmes d'iguillage vers les services appropriés et des mesures de prévention¹².

6. S'assurer que le droit des enfants d'être entendus est respecté

Selon l'article 12 de la Convention, tous les enfants capables d'exprimer une opinion ont le droit de s'exprimer librement sur toutes les questions qui les concernent; il convient de tenir dûment compte de ces opinions compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant. Les enfants doivent en particulier avoir la possibilité d'être entendus dans toute affaire judiciaire ou administrative qui les touche. Le système de justice pénale peut être angoissant et intimider les enfants en conflit avec la loi, et ils auront besoin d'aide pour exercer leur droit d'être entendus. C'est particulièrement vrai pour les enfants confrontés à des obstacles tels qu'un handicap ou qui ont besoin d'un interprète. Les enfants doivent avoir accès à une assistance juridique ou autre pour s'assurer qu'ils peuvent s'exprimer à toutes les étapes des procédures judiciaires. À cette fin, la police, les procureurs, les avocats de la défense, les gardes, les travailleurs sociaux, les agents de probation et les juges doivent avoir suivi une formation leur permettant de traiter avec des enfants.

7. Investir pour soustraire les enfants du système de justice pénale

Lorsque les enfants reconnaissent avoir commis des délits et se portent volontaires pour participer à des mesures leur permettant d'éviter l'emprisonnement, il peut être bénéfique de les soustraire du système de justice pénale : cela permet de réduire les taux de récidive; d'éviter de

¹⁰ Voir Comité des droits de l'enfant, *Observation générale No. 10 (2007) : Droits de l'enfant dans le domaine de la justice pour mineurs*, 25 avril 2007, CRC/C/GC/10, paras 30-35.

¹¹ Voir Comité des droits de l'enfant (CRC), *Observation générale No. 10 (2007) : Droits de l'enfant dans le domaine de la justice pour mineurs*, 25 avril 2007, CRC/C/GC/10, paras 90-95.

¹² Pour plus d'information sur les systèmes généraux de protection de l'enfant voir la Stratégie de l'UNICEF de protection de l'enfant. E/ICEF/2008/5/Rev.1. (2008).

mettre une étiquette sur un enfant; décourager la réparation au bénéfice des communautés; et cette attitude est souvent beaucoup moins onéreuse que les procédures judiciaires et la détention. Les mesures permettant d'éviter l'emprisonnement ne doivent pas être réservées aux primo-délinquants ou aux délits mineurs, mais il faudrait y avoir largement recours pour les enfants. La police, les procureurs et les juges doivent avoir le pouvoir de soustraire les enfants immédiatement après le premier contact et jusqu'à la première audience. Ces pouvoirs doivent être réglementés et revus pour garantir que la discrétion est respectée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les mesures permettant d'éviter l'emprisonnement devraient être communautaires et, le cas échéant, s'appuyer sur les mécanismes de renforcement. Les mesures permettant d'éviter l'emprisonnement doivent tenir compte du sexe de l'enfant, conformément aux Règles de Bangkok.

8. N'avoir recours à la détention qu'en tout dernier ressort

La grande majorité des enfants privés de liberté sont déjà détenus avant la tenue de leur procès. Il ne faudrait avoir recours à ce type de détention que dans des circonstances exceptionnelles (lorsqu'il est nécessaire de s'assurer que l'enfant comparait à l'audience ou lorsque l'enfant représente un danger immédiat pour lui-même ou d'autres) et uniquement pour des périodes limitées. Une liberté sous caution et les autres formes de libération conditionnelle doivent s'accompagner de mesures de soutien et de supervision de l'enfant pendant cette période. Il faut également avoir recours à la détention à la suite d'une condamnation qu'en dernier ressort et pour la période la plus courte possible si l'enfant est condamné pour un délit violent ou a commis plusieurs infractions graves et qu'il n'y a aucune autre solution appropriée. Il ne faut jamais condamner des enfants à la prison à vie sans possibilité de libération ou à mort. Lorsque la loi autorise de telles peines, il convient de prendre des mesures pour les abolir. Il faut tenir compte de la vulnérabilité particulière des filles lors du verdict.

Certes, les enfants ne peuvent pas commettre d'infractions lorsqu'ils sont détenus, mais rien ne prouve que la détention réduise les récidives ou ait un effet dissuasif. Le code de conduite ou les directives données aux juges chargés de prononcer la sentence devraient exiger qu'ils envisagent systématiquement l'application de mesures non privatives de liberté avant de condamner un enfant à une peine de prison. Les enfants doivent toujours être placés dans des établissements séparés des adultes, et les filles séparées des garçons. Les établissements où ils sont détenus doivent être inspectés et contrôlés par des organes indépendants qui ne relèvent pas

de la même autorité administrative que le système d'incarcération, et les enfants doivent avoir accès à des mécanismes appropriés d'examen de plaintes.

9. Élaborer et mettre en œuvre des programmes de réinsertion et de réhabilitation

Lorsqu'il est approprié de détenir des enfants, les institutions doivent avoir pour principal objectif la réadaptation et la réinsertion de l'enfant dès son arrivée, dans toutes leurs politiques et mécanismes. La réadaptation sera plus efficace dans les établissements qui sont de taille assez limitée pour fournir un traitement individuel et où les enfants se sentent protégés et en sécurité, où ils bénéficient de soins médicaux appropriés et où ils peuvent s'intégrer facilement à la vie sociale et culturelle de la communauté dans laquelle l'établissement est situé. Les institutions encourageront les contacts avec la famille et d'autres réseaux sociaux pour soutenir les enfants; elles leur offriront des possibilités d'acquérir des aptitudes pratiques grâce à des activités éducatives, de formation professionnelle, culturelles et des loisirs; et elles s'efforceront de promouvoir les services qui favoriseront leur réinsertion dans la société. Elles répondront aussi aux besoins individuels des enfants tels que problèmes de santé mentale, toxicomanie, recherche d'emploi et conseils aux familles.

10. Interdire et prévenir toutes les formes de violence à l'égard des enfants en conflit avec la loi

Il est bien connu que les enfants qui ont été arrêtés et qui sont détenus sont exposés à la violence, aux sévices, à la négligence et à l'exploitation perpétrés par la police, d'autres détenus et le personnel des établissements pénitenciers¹³. Plusieurs facteurs contribuent à cette violence, notamment le fait que ces mauvais traitements ne sont généralement pas dénoncés et restent invisibles; les auteurs des délits n'ont pas à répondre de leurs actes; le problème est rarement prioritaire pour les décideurs; les professionnels ne sont pas qualifiés; et on constate une absence de contrôles et de systèmes d'inspection dans les établissements pénitenciers.

¹³ Voir, passim, Paulo Sérgio Pinheiro, *Rapport mondial sur la violence contre les enfants*, Étude du Secrétaire général des Nations Unies sur la violence contre les enfants, Genève, (2006). Voir également *Sexual Violence in Institutions, including in detention facilities*, Déclaration de Manfred Nowak, Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (2010).

Les mesures de prévention, d'identification et de lutte contre la violence contre les enfants détenus qui ont fait leurs preuves sont notamment les suivantes¹⁴ : présence obligatoire des parents et/ou des adultes appropriés, et accès à des avocats pendant la période de détention préventive; réduction du nombre d'enfants détenus; séparation des enfants des adultes dans les établissements pénitentiaires; fourniture de soins médicaux adéquats; employés bien formés, qualifiés et adéquatement rémunérés qui travaillent dans les établissements pénitentiaires; interdiction des châtiments corporels comme mesure disciplinaire pour les enfants privés de liberté; déclaration systématique des cas de violence contre des enfants; accès à des mécanismes adaptés aux enfants leur permettant de porter plainte; surveillance des lieux de détention en effectuant des visites d'inspection; compensation et services de réinsertion sociale pour les enfants victimes de violence.

PRI est une organisation non gouvernementale qui %uvre en faveur de la réforme de la justice pénale et criminelle partout dans le monde. PRI a établi des programmes régionaux au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, en Europe centrale et orientale, en Asie centrale et dans le sud du Caucase. Pour recevoir le **bulletin mensuel** de Penal Reform International (PRI), inscrivez-vous [ici](#).

Le Groupe interinstitutions sur la justice pour mineurs est un groupe de coordination offrant des conseils techniques et une aide en matière de justice pour mineurs composé de 13 institutions des Nations Unies et organisations non gouvernementales s'impliquant activement dans la justice pour mineurs. Pour recevoir le bulletin de ce Groupe inter-institutions, inscrivez-vous [ici](#).

Cette documentation est financée par le programme d'aide du Gouvernement britannique. Toutefois, les opinions exprimées ici ne reflètent pas nécessairement les politiques officielles du Gouvernement britannique.

¹⁴ Pour un examen détaillé des mesures de lutte contre la violence contre les enfants en détention, consulter le *Rapport conjoint du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et de la Représentante spéciale du Secrétaire général sur la violence à l'encontre des enfants relatif à la prévention de la violence contre les enfants dans le système de justice pour mineurs et aux mesures pour y faire face*, A/HRC/21/25 (2012).

Mères porteuses en Inde—un système en mutation

Anil Malhotra



L'absence de législation cohérente et la prolifération des cliniques spécialisées propulsent une industrie de la maternité de substitution en plein essor. Les cliniques offrant des techniques de fertilisation in vitro (FIV) et de procréation médicale assistée (PMA) annoncent « ventres à louer ».

Une industrie touristique de reproduction sans règle prospère en Inde, ce pays étant le premier à proposer une maternité de substitution commerciale (pour le profit) légalisée. Pendant que le *Assisted Reproductive Technology (ART) (Regulation) Bill and Rules de 2010* est en préparation (voir annexe), ce sont les Directives du Conseil indien de la recherche médicale de 2005 qui s'appliquent. L'esprit entrepreneurial indien a fait de l'industrie des « ventres à louer » un immense commerce évalué à 25 milliards de roupies. En dépit des embûches légales, morales et sociales inhérentes à la gestation pour autrui, la nécessité économique pousse les femmes à surmonter leurs inhibitions et la peur de l'opprobre social pour se laisser piéger par des agents ou consultants recruteurs de mères porteuses sur les marchés internationaux. La disponibilité massive

- d'un grand nombre de femmes prêtes à devenir mères porteuses,
- d'une infrastructure médicale adéquate,
- à faibles coûts,
- où le temps d'attente est moindre,
- où les mères porteuses sont étroitement surveillées par plus de 200 cliniques de FIV
- et l'absence de restriction légale à devenir parents pour les célibataires et les couples gay ou non mariés

ont propulsé ce commerce sans éthique vers des sommets en Inde.

Nouvelles règles imposant un visa médical en cas de gestation pour autrui

Toutefois, le commerce de ces maternités substitutives chutera bientôt à cause de changements administratifs. Depuis le 15 novembre 2012, tous les étrangers visitant l'Inde à cette fin doivent obtenir un « visa médical », le simple visa touristique ne suffisant pas. Par une lettre du 9 juillet 2012, le ministère des Affaires intérieures, en vertu des pouvoirs prévus par l'article 3 de la Loi sur les étrangers de 1946, a imposé des conditions à ces visas médicaux à défaut desquelles, la demande sera rejetée. Les nouvelles règles stipulent qu'une lettre du ministère des Affaires étrangères du pays des parents potentiels ou de son ambassade en Inde doit être jointe à la demande de visa indiquant clairement que :

- le pays concerné reconnaît la maternité de substitution (mères porteuses);
- l'enfant à naître destiné au couple ayant recours à une mère porteuse indienne aura le droit d'entrer dans leur pays en tant que leur enfant biologique;
- le couple s'engage à s'occuper de cet enfant.
- En outre,
- le traitement n'aura lieu que dans une Clinique PMA reconnue par le Conseil indien pour la recherche médicale et
- le couple étranger devra produire une entente dûment notariée entre eux-mêmes et la future mère porteuse indienne.
- Après la naissance de l'enfant, le couple devra, avant de quitter l'Inde, obtenir un permis de sortie auprès du Bureau régional d'enregistrement des étrangers attestant de la délivrance d'un certificat par la clinique PMA qui confirme la décharge de responsabilités de la mère porteuse indienne et déclare que les parents ont la garde de l'enfant.

Clairement, des garanties, des vérifications et contrôles d'ordre administratif de même que des principes moraux et éthiques absents de la loi ont été mis en place afin de réglementer adéquatement l'industrie de la gestation pour autrui. Les conditions imposées au visa médical empêcheront cet accès illimité aux mères porteuses qui a suscité détresse et effroi en Inde en affectant gravement la santé des femmes, leur dignité et leurs droits fondamentaux.

Règles relatives au visa médical visant à harmoniser le droit indien existant avec celui des pays d'où originent les parents potentiels

La maternité substitutive est illégale au Royaume-Uni, mais permise par la loi britannique sur paiement de dépenses raisonnables à la mère porteuse. Dans la plupart des États américains, les ententes portant sur la gestation pour autrui sont illégales, soit inapplicables. Dans certains États australiens, organiser un tel commerce constitue une infraction criminelle et les ententes donnant la garde à autrui sont nulles. En Nouvelle-Zélande et au Canada, le recours commercial aux mères porteuses est illégal, mais la démarche est permise dans un but altruiste. En Italie, en Allemagne et en France, tout recours à une mère porteuse est illégal. En Israël, la substitution de maternité commerciale est illégale et la loi ne reconnaît que la mère porteuse comme la vraie mère.

À l'opposé, l'Inde, accepte le recours commercial aux mères porteuses et aucune loi ne le rend illégal. Dans l'affaire *Baby Manji Yamada Vs. Union of India and Another*. All India Reporter 2009 SC 84, le 29 septembre 2008, la Cour Suprême déclarait que « le commerce des maternités substitutives » atteignant « des proportions industrielles est parfois commenté en des termes émotivement chargés et potentiellement injurieux tels que *ventres à louer, grossesses délocalisées ou fermes à bébé*. »

Toutefois, en refusant le visa aux étrangers dont le pays interdit la maternité substitutive, les nouvelles règles indiennes sur les visas médicaux, assurent une harmonisation et rejoignent les préoccupations des nations dont les commettants tentent illégitimement de faciliter un tel commerce en Inde. Nous avons rejeté les parents célibataires, non mariés ou gais de l'étranger en limitant la maternité substitutive aux couples constitués par un homme et une femme mariés depuis au moins deux ans. Le recours à des centres de PMA non éthiques, non enregistrés et non agréés est désormais interdit.

Réactions et réponses des gouvernements étrangers

La plupart des ambassades étrangères mentionnent sur leur site internet que le Gouvernement indien exige désormais des visas médicaux pour les étrangers venant en Inde afin de recourir à une mère porteuse. On procède à des tests ADN rigoureux pour établir la filiation génétique d'un enfant né d'une mère porteuse. Les Consuls indiens et les Services facilitant l'obtention d'un visa à l'étranger ont aussi indiqué que les citoyens étrangers doivent d'abord assurer que leur pays autorise une telle démarche et qu'ils ne pourront entrer en Inde dans un tel but avec un simple visa touristique.

Dans une lettre du 30 octobre 2012 à la Haute Commission Indienne à Londres, la Haute Commission Britannique à New Delhi déclarait que le Gouvernement britannique reconnaît la maternité substitutive et que la loi statuerait à l'endroit des couples concernant les enfants nés à l'étranger par ce moyen, le tout étant appuyé par la Loi sur la procréation assistée et l'embryologie de 1990. Celle-ci autorise le recours à une mère porteuse si un des parents est génétiquement lié à l'enfant concerné et si aucun paiement autre que celui de dépenses raisonnables n'est fait selon les arrangements prévus. La lettre dit aussi que selon la Loi, des ordonnances parentales peuvent être imposées aux parents potentiels. Cette lettre ouvre la voie à la reconnaissance des demandes déposées par des couples britanniques pour l'obtention de visas médicaux aux fins d'accéder par la suite à une mère porteuse en Inde conformément aux nouvelles Règles indiennes en vigueur.

Conclusion

Plutôt que d'amener le Parlement à créer une nouvelle législation pour réguler le commerce éhonté de la maternité de substitution, les nouvelles Règles sont venues faire ce qu'une loi aurait dû faire. Au lieu de laisser des enfants de mères porteuses naître au risque d'être sans patrie et passible du refus d'entrée dans les pays étrangers d'où proviennent les parents potentiels, il serait à la fois nécessaire et convenable que des pratiques aussi immorales débouchant sur des situations aussi désastreuses soient anticipées et prévues. Le gouvernement indien, dans sa sagesse administrative, est intervenu à temps puisque aucune législation n'est annoncée à cet effet.

Le cas récent d'enfants nés en Inde de parents allemands, japonais et israéliens qui ont dû obtenir l'autorisation d'un tribunal avant de partir devrait constituer une incitation à légiférer avec rigueur sur la gestation pour autrui. Faute d'une règle de droit sur le sujet et vu l'absence de tout recours légal créé par une loi, les questions liées à la filiation, à la nationalité, à la citoyenneté et au statut juridique des mères porteuses restent indéterminées. Aux abois, certaines parmi celles-ci demandent une révision en vertu de la constitution indienne au moyen d'une requête pour l'émission d'un bref devant la Haute Cour d'état ou directement à la Cour suprême de l'Inde. Dans de tels cas, la Haute Cour saisie de la procédure, constatant la vulnérabilité de l'enfant sans statut, s'appuie sur ses pouvoirs extraordinaires pour ordonner un bref de mandamus, obligeant le gouvernement à émettre en urgence une autorisation de sortie de l'enfant de l'Inde pour des motifs humanitaires.

En plus d'entrer en conflit avec le droit familial établi, l'ordonnance PMA de 2010 est lacunaire, par exemple en ne nommant pas une autorité légale spécifique pour déterminer et répartir les droits des parties. Ces manquements ne devraient pas bloquer une loi toujours nécessaire parce que la gestation pour autrui requiert une surveillance et une réglementation en forme de loi. Avant d'en arriver là, il faut espérer que les Règles apportent une amélioration. Ce qui ne peut pas se perpétuer ne doit pas être toléré au motif du silence de la loi.

Anil Malhotra

Auteur de *India, NRLs and the Law* et co-auteur de *Actig for Non resident Indian Clients*; Anil Malhotra est avocat à Chandigarh, LL.M de SOAS, Université de Londres et Fellow de l'Académie internationale des avocats en droit matrimonial (IAML). Coordonnées:

anilmalhotra1960@gmail.com

Voir à la page [suivante](#) le livre d'Anil Malhotra sur la reproduction assistée

Annexe

Le Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill & Rules 2010 sera débattu au Parlement Indien. Le projet de loi statuera sur la réglementation et la surveillance de la gestation pour autrui et en légalisera le commerce. Ses dispositions prévoient que les parties pourront établir une convention valable avec une mère porteuse qui bénéficiera d'une compensation financière et du paiement des soins de santé au cours de la grossesse. La mère porteuse doit avoir entre 21 et 35 ans et ne pas avoir plus de cinq enfants incluant les siens. L'enfant sera considéré (en Inde, du moins) comme appartenant légitimement au couple marié contractant. Une fois le paiement convenu effectué, la mère porteuse devra renoncer à tous les droits parentaux qui seront attribués audit couple dont les noms apparaîtront sur l'acte de naissance de l'enfant. Celui-ci n'aura pas la citoyenneté indienne et les étrangers en demande du traitement de fertilité en Inde seront requis d'établir qu'ils se sont enregistrés auprès de leur propre ambassade et qu'ils pourront ramener l'enfant dans leur pays de résidence. Les étrangers devront aussi désigner un gardien local chargé de s'occuper de la mère porteuse pendant la grossesse ainsi que de l'enfant. Étant donné que le projet n'est pas encore passé, les Directives du Conseil indien de la recherche médicale de 2005 constituent toujours des dispositions non statutaires qui ne peuvent être évoquées ou sanctionnées en justice.

Rubrique de la Trésorière**Avril Calder****Cotisations 2014**

Je vous enverrai par courriel en février 2014 une lettre rappelant le montant de la cotisation des membres individuels . qui s'élève à 30 livres sterling, 35 Euros ou 50 CHF, selon l'Assemblée générale en Tunisie . et des associations nationales.

Je profite de l'occasion qui me est donnée pour vous rappeler les moyens de vous acquitter de cette cotisation :

1. en vous rendant sur le site web de l'AIMJF : cliquez sur « Membership » et puis sur « Subscribe » pour pouvoir payer en ligne, via le système sécurisé PayPal. Ce système de paiement est à la fois le plus simple et le moins onéreux. Toutes les monnaies sont acceptées, le système de PayPal fera la conversion en livres sterling.

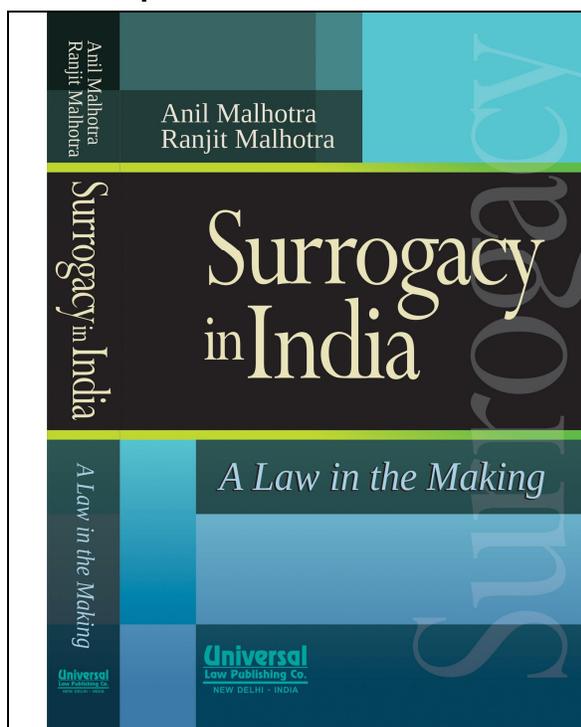
2. par le système bancaire. Je me ferai un plaisir de vous envoyer les détails de notre compte en banque en GBP (livres sterling), en CHF (francs suisses) ou en Euros. Mon adresse de courriel est la suivante : treasurer@aimjf.org ;
3. si la somme est inférieure à 70 Euros, par chèque en GBP ou en Euros payable à « International Association of Youth and Family Judges and Magistrates » et me l'envoyer.

Si vous avez besoin d'aide, n'hésitez pas à me contacter par courriel.

Il est bien sûr également possible de payer en liquide en donnant la somme directement à l'un des membres du Comité exécutif.

Sans votre cotisation, il nous serait impossible de publier cette chronique.

Avril Calder

Un livre par Anil Malhotra

La technologie de reproduction assistée (Règlement) Bill & Règlement 2010, est en attente de débat (mai 2013) au Parlement indien. Le projet de loi prévoit la réglementation et la supervision de l'ART et reviendrait à légaliser la maternité de substitution commerciale.

Ce livre décrit la nouvelle loi sur la maternité de substitution indien dans la fabrication, prend le lecteur à travers les difficultés et les enjeux et décrit les résultats espérés à guider serait les parents à travers les étapes le long de la route à la parentalité..

La rubrique des contacts**Avril Calder**

Nous avons reçu des courriels nous indiquant des liens Internet susceptibles de vous intéresser. Nous les avons inclus dans la Chronique pour que vous puissiez y accéder. Nous vous prions de continuer à nous en faire parvenir d'autres.

Source	Sujet	Lien
AIMJF	Site Internet	Suivez ce lien
Child Rights Connect	Un réseau mondial de droits de l'enfant reliant la vie quotidienne des enfants à l'Organisation des Nations Unies Des nouvelles à jour sur OP3 CRC	Suivez ce lien
CRIN	Site Internet	Suivez ce lien
The Child Rights Information Network	Courriel	info@crin.org
	Site internet	Suivez ce lien
	Voir : Boîte à outils sur le PF du Pacte concernant les mécanismes de poursuite (aussi disponible en arabe, français, russe et espagnol à venir).	Suivez ce lien
Défense des Enfants International	Site Internet	Suivez ce lien
HCDH Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme	Site Internet	Suivez ce lien
IDE Institut International des Droits de l'Enfant	Site Internet Contact	Suivez ce lien Suivez ce lien
IPJJ Interagency Panel on Juvenile Justice	Site Internet Newsletter	Suivez ce lien Suivez ce lien
	Le Groupe interinstitutions sur la justice pour mineurs est un groupe de coordination offrant des conseils techniques et une aide en matière de justice pour mineurs composé de 13 institutions des Nations Unies et organisations non gouvernementales simpliquant activement dans la justice pour mineurs. Pour recevoir le bulletin de ce Groupe interinstitutions, s'inscrire à l'adresse	Suivez ce lien
OIJJ Observatoire International de Justice Juvénile	Site Internet Newsletter	Suivez ce lien Find it here
PRI Penal Reform International	PRI est une organisation non gouvernementale qui oeuvre en faveur de la réforme de la justice pénale et criminelle partout dans le monde. PRI a établi des programmes régionaux au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, en Europe centrale et orientale, en Asie centrale et dans le sud du Caucase. Pour recevoir le bulletin mensuel de Penal Reform International (PRI), inscrivez-vous à l'adresse	Suivez ce lien
Ratify OP3 CRC TdH Fondation Terre des Hommes	Campagne pour la ratification du nouveau Protocole Facultatif : Site Internet	Suivez ce lien Suivez ce lien
UNICEF	Site Internet	Suivez ce lien

Réunion du conseil à Friburg, septembre 2013



Godfrey Allen, Joseph Moyersoén, Theresia Hoeynck
Daniel Pical, Anne-Catherine Hatt, Petra Guder, Avril Calder, Hervé Hamon
By Skype: Imman Ali, Oscar d'Amours, Viviane Primeau, Eduardo Rezende Melo,

Bureau/Executive/Consejo Ejecutivo 2010-2014

Président	Juge honoraire Joseph Moyersoén	Italie	president@aimjf.org
Député -président	Juge Oscar d'Amours	Canada	vicepresident@aimjf.org
Secrétaire Général	Juge Eduardo Rezende Melo	Bésil	secretairegeneral@aimjf.org
Député Secrétaire Général	Juge Ridha Khemakhem	Tunisie	vicesecretairegeneral@aimjf.org
Trésorière	Avril Calder, Magistrate	Angleterre	treasurer@aimjf.org

Conseil 2010-2014

Président : Joseph Moyersoén (Italie)	Gabriela Ureta (Chili)
Vice-président : Oscar d'Amours (Canada)	Hervé Hamon (France)
Secrétaire Général : Eduardo Melo (Bésil)	Daniel Pical (France)
Dép. Sec Gén : Ridha Khemakhem (Tunisie)	Sophie Ballestrem (Allemagne)
Trésorière : Avril Calder (Angleterre)	Petra Guder (Allemagne)
Elbio Ramos (Argentine)	Sonja de Pauw Gerlings Döhrn (Pays Bas)
Imman Ali (Bangladesh)	Andrew Becroft (Nouvelle-Zélande)
Françoise Mainil (Belgique)	Judy de Cloete (Afrique du sud)
Antonio A. G. Souza (Bésil)	Anne-Catherine Hatt (Suisse)
Viviane Primeau (Canada)	Len Edwards (États Uni)

La présidente sortante, Renate Winter, est un membre ex-officio et agit dans une capacité consultative.

Chronicle Chronique Crónica

Voix de l'Association

La Chronique est la voix de l'Association. Elle est publiée deux fois par année dans les trois langues officielles de l'Association: l'anglais, le français et l'espagnol. Le but du Comité de Rédaction consiste à faire de la Chronique un forum de débat pour ceux qui sont concernés par des questions relatives à l'enfant et à la famille, dans le domaine du droit civil en matière de l'enfant et de la famille, dans le monde entier.

La Chronique a beaucoup à nous apprendre; elle nous informe sur la façon dont d'autres s'occupent des problèmes qui ressemblent aux nôtres, et reste un véhicule précieux pour la diffusion des informations reçues sur les contributions du monde entier.

Avec le soutien de tous les membres de l'Association, on est en train d'établir un réseau de participants de tous les coins du monde, qui nous fournissent régulièrement des articles. Les membres sont au courant des recherches entreprises dans leur propre pays dans les domaines relatifs aux enfants et à la famille. Certains jouent un rôle dans la préparation de nouvelles législations, pendant que d'autres ont des contacts dans le milieu universitaire prêts à contribuer par leurs articles.

De nombreux articles ont été recueillis pour la publication des prochains numéros. Les articles ne sont pas publiés dans l'ordre chronologique, ni dans l'ordre où ils sont reçus. La priorité est généralement accordée aux articles qui sont le fruit de conférences ou séminaires importants de l'AIMJF; on fait un effort pour présenter les articles qui donnent un aperçu des systèmes dans divers pays pour s'occuper des questions relatives à l'enfant et à la famille.

Certains numéros de la Chronique sont consacrés à des thèmes particuliers, donc les articles qui traitent ce thème auront la priorité. Enfin, les articles qui dépassent la longueur recommandée et/ou nécessitent des révisions considérables peuvent être écartés tant qu'on n'a pas trouvé une place appropriée.

Les contributions de tous les lecteurs sont bienvenues. Les articles pour la Chronique doivent être envoyés en anglais, français ou espagnol. Le Comité de Rédaction s'engage à faire traduire les articles dans les trois langues. Il sera évidemment très utile que les participants fournissent des traductions.

De préférence, les articles devraient être d'une longueur de 1500 à 2000 mots. Les «sujets d'intérêt», y compris les reportages, devraient avoir une longueur maximum de 500 mots. Les commentaires sur les articles déjà publiés sont aussi bienvenus. Les articles et les commentaires devraient être envoyés directement au Rédacteur en chef.

Pourtant, si ceci n'est pas possible, les articles peuvent être envoyés à tout membre du Comité de Rédaction aux adresses ci-dessous.

Les articles pour la Chronique sont à envoyer directement à :

Avril Calder, Rédactrice en Chef

E-mail : chronicle@aimjf.org

Les articles doivent être dactylographiés, si possible dans nos trois langues officielles (anglais, français, espagnol). Autrement, des articles peuvent être envoyés à tout membre du Comité de Rédaction dont les coordonnées figurent ci-dessous

chronicle@aimjf.org

Dr Atilio J. Alvarez
Judge Viviane Primeau
Cynthia Floud
Prof. Jean Trépanier
Dra Gabriela Ureta

infanciayjuventud@yahoo.com.ar

vprimeau@judex.qc.ca

cynthia.floud@btinternet.com

jean.trepanier.2@umontreal.ca

gureta@vtr.net

Conférence internationale de 25 ans CRC

17-19 Novembre 2014

Leiden Law School, Université de Leiden

Pays-Bas

La conférence fait partie de toute une semaine de festivités du lundi 17 Novembre au Jeudi 20 Novembre 2014 organisé par l'Université de Leiden, la ville de Leiden, Pays-Bas UNICEF et l'ONG Coalition néerlandais sur les droits de l'enfant.

Ce programme comprend également

- ♣ droits Sommet de la Leiden enfants lors de la Journée mondiale de l'enfance, le 20 Novembre 2014;
- ♣ la conférence Leiden liberté ; et
- ♣ un concours de plaidoirie internationale sur les droits des enfants pour les étudiants.

Nous sommes impatients de vous accueillir tous à Leyde!

Prof Ton Liefwaard, président de l'UNICEF des droits de l'enfant

Prof Julia Sloth-Nielsen, Leiden président des droits des enfants dans le monde en développement

Prof Mariëlle Bruning, chef du département de droit de l'enfance

▪