

**La mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant
en France :
les enjeux relatifs à la protection de l'enfance dans une
perspective internationale**

Marc Gambaraza

Docteur en droit, Juge des enfants au tribunal judiciaire de Rodez.

Pour citer cet article :

Marc Gambaraza, «La mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant en France : les enjeux relatifs à la protection de l'enfance dans une perspective», *Droits fondamentaux*, n° 19, 2021, 34 p.

Marc Gambaraza
La mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant en
France :
les enjeux relatifs à la protection de l'enfance dans une perspective
internationale

Mots-clés : *Autorité parentale, code de la justice pénale des mineurs, convention relative aux droits de l'enfant, Comité des droits de l'enfant, droit des traités, droit interne, droit pénal des mineurs, mineurs non accompagnés, Nations Unies, organe de traité des Nations Unies, protection des mineurs, responsabilité pénale des mineurs, responsabilité parentale.*

La ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après CIDE ou Convention) par la quasi-totalité des Etats membres de l'Organisation des Nations Unies (ci-après ONU) témoigne du caractère universel non seulement de la Convention, mais aussi de la thématique de la protection de l'enfance.¹

A cette universalité s'ajoute un mécanisme de contrôle de plus en plus contraignant. En effet, après l'adoption du protocole facultatif relatif à l'implication d'enfants dans les conflits armés et de celui relatif à la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, un troisième protocole facultatif permettant à chaque enfant de présenter une plainte pour violation de ses droits a été adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 19 décembre 2011 et est entré en vigueur en avril 2014. Ce dernier protocole donne une nouvelle dimension au Comité des droits de

¹ Marc Gambaraza est magistrat (juge des enfants au tribunal judiciaire de Rodez) et docteur en droit (diplômé de l'université Paris 2 Panthéon-Assas). Il intervient également à l'Institut d'Etudes Politiques de Grenoble dans le Master « Politiques et pratiques des organisations internationales » (cours sur l'ONU et les droits de l'Homme). Il est notamment l'auteur de : *Une aventure juridique. Le statut de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*, janvier 2016, Paris : éditions Pedone, 561 p. ; « La cour internationale des droits de l'Homme : une idée sans lendemain ? De l'adoption de la Charte des Nations Unies au Conseil des droits de l'Homme », pp. 1351 à 1365 in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux - Réciprocité et universalité - Sources et régimes du droit international des droits de l'homme*, Paris : A. Pedone, 2017, 1347 p.

l'enfant (ci-après Comité), organe chargé de la mise en œuvre de la CIDE, en lui permettant d'examiner les plaintes et en lui conférant ainsi une fonction quasi juridictionnelle, à l'instar du Comité des droits de l'Homme. Ce protocole, que la France a signé le 20 novembre 2014 et ratifié le 7 janvier 2016, a ainsi permis, par exemple, à Maîtres William Bourdon, Marie Dosé et Martin Pradel de présenter en février 2019 une plainte pour demander le rapatriement d'enfants français de Syrie² ; dans une décision rendue le 2 novembre 2020 portant sur la recevabilité de deux communications concernant des mineurs français se trouvant sur le territoire syrien, le Comité a affirmé qu'un Etat membre de la CIDE peut également être compétent pour des actes accomplis ou produisant des effets en dehors de ses frontières nationales³.

Pour autant, de nombreuses contradictions existent entre l'ordre international et le droit français, résultant, comme l'a souligné le Professeur Emmanuel Decaux⁴, de plusieurs difficultés.

S'agissant en premier lieu des difficultés d'ordre technique, une fois la CIDE ratifiée et publiée conformément à l'article 55 de la Constitution, les

² « Enfants de djihadistes: des familles portent plainte contre la France auprès de l'ONU », *Le Figaro*, 28 février 2019, article disponible sur Internet (consulté le 24 juillet 2021) : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2019/02/28/01016-20190228ARTFIG00262-enfants-de-djihadistes-des-familles-portent-plainte-contre-la-france-aupres-de-l-onu.php>.

Dans son avis, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a souligné les obligations qui incombent à la France en application des dispositions issues de la CIDE, de la Convention européenne des droits de l'Homme et le principe constitutionnel de sauvegarde du respect de la dignité de la personne humaine ; Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens*, 24 septembre 2019, disponible sur Internet (consulté le 26 juillet 2021) : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/19.09.24_avis_enfants_francais_en_syrie_-_format_impression.pdf.

³ Comité des droits de l'enfant, *Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communications No. 79/2019 and No. 109/2019*, CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019, 2 novembre 2020, §9.6 ; V. également : Commission nationale consultative des droits de l'Homme, « La France doit rapatrier les enfants français retenus en Syrie et les Français condamnés à mort en Irak », communiqué de presse, 21 décembre 2020, disponible sur Internet (consulté le 24 juillet 2021) : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/20.12.21_cp_ressortissants_francais_en_irak_et_enfants_en_syrie.pdf.

⁴ Voir E. DECAUX, « Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative : l'exemple des droits de l'enfant », pp. 223-237, in A. BERTHOZ, C. OSSOLA et B. STOCK (dir.), *Fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue*, Paris : Collège de France, 2010, 236 p.

dispositions doivent être reconnues dans l'ordre interne français comme étant suffisamment claires et précises pour être « self-executing » ou auto-exécutoire. Les Professeurs Denis Allandet Régis de Gouttes et M. André Braunschweig⁵ ont rappelé que si le Conseil d'Etat a reconnu dès 1995 par l'arrêt Demirpence l'applicabilité directe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁶, ce n'est qu'après un revirement jurisprudentiel que la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu l'applicabilité directe de cette disposition et d'autres dans des arrêts rendus à compter de 2005⁷, sans reconnaître d'applicabilité directe de l'ensemble des droits que la Convention énonce.

⁵ D. ALLAND, L'applicabilité directe du droit international du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *Revue générale de droit international public*, 1998, p. 208 ; A. BRAUNSCHWEIG, R. DE GOUTTES, « Note à propos des arrêts de 1993 de la 1^{re} Chambre civile sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », GP 1995, II, Doctrine p. 878.

⁶ Le Conseil d'Etat a reconnu d'applicabilité directe :

- l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3.1) : CE, 2 / 6 SSR, du 22 septembre 1997, 161364, publié au recueil Lebon ; le Conseil d'Etat a annulé la décision du préfet de la Moselle de renvoyer un enfant en Turquie et de le séparer ainsi, même provisoirement de sa mère, considérant que la décision portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant ;
- l'interdiction pour un enfant de faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance (article 16.1) : CE, 2 / 6 SSR, du 10 mars 1995, 141083, publié au recueil Lebon ; le Conseil d'Etat a rejeté la requête visant à annuler un arrêté du préfet de la Moselle refusant de délivrer une autorisation de séjour et donnant injonction à quitter le territoire national tout en se référant à l'article 16 de la CIDE.

⁷ La Cour de cassation a reconnu d'applicabilité directe l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3.1 de la CIDE), le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (article 7.1) et la possibilité à l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant (article 12) ; 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613 ; 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336 ; 1^{re} Civ., 7 avril 2006, pourvoi n° 05-11.285.

Le premier pourvoi concernait la fixation de la résidence habituelle d'un enfant lors du divorce de ses parents. Le père reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir entendu l'enfant alors qu'il en avait fait la demande pendant son délibéré. La Cour a cassé la décision d'appel en reconnaissant l'applicabilité directe dans l'ordre interne de deux dispositions issues de la CIDE : l'intérêt supérieur de l'enfant et la possibilité de l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant.

Le second pourvoi portait sur la question de la filiation et de la contestation de reconnaissance de paternité dans un couple homosexuel féminin dont l'une des partenaires avait donné naissance à un enfant conçu par insémination artificielle, et donc sans filiation paternelle établie, et reconnu en qualité de père la compagne homosexuelle. La Cour a confirmé la décision d'appel en visant l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le troisième pourvoi portait sur une décision d'appel déclarant irrecevable la demande de restitution d'un enfant formée par l'homme qui l'a reconnu avant sa naissance et dont la mère a décidé d'accoucher anonymement, et donnant effet au consentement à l'adoption du conseil de famille et prononçant l'adoption plénière. La Cour a cassé la décision d'appel en invoquant le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

En outre, trois déclarations formulées par la France à l'égard de la Convention font obstacle à l'application de l'intégralité de la Convention dans l'ordre interne français. La France a ainsi précisé que le droit à la vie formulé à l'article 6 de la CIDE ne peut pas être opposé aux dispositions législatives relatives à l'interruption volontaire de la grossesse, que le droit des minorités formulé à son article 30 ne peut s'appliquer dans l'ordre interne français et que la loi française peut apporter des exceptions limitées à l'article 40 paragraphe 2 b) V, notamment, pour certaines infractions relevant en premier et dernier ressort du tribunal de police ainsi que pour les infractions de nature criminelle⁸.

Au-delà des enjeux de techniques juridiques, des dynamiques politiques et culturelles peuvent également empêcher des évolutions législatives ou jurisprudentielles. Reconnaître à l'enfant des droits, comme l'énonce la Convention, demeure, comme l'a souligné Emmanuel Decaux, « une idée radicalement nouvelle »⁹, contraire à un droit hérité de la puissance paternelle. Le débat sur les droits énoncés par la Convention n'est pas nouveau. Ainsi, Jean Carbonnier, qui, s'il a peu écrit sur le droit international¹⁰, s'est montré critique sur les obligations juridiques que pourraient emporter des textes qui, à l'instar de la Convention, sont inspirés de « sentiments »¹¹, affirmant qu'« [i]l n'est même pas certain qu'ils puissent être invoqués directement devant le juge

Voir C. NEIRINCK, « A propos de l'intérêt de l'enfant », pp. 25 à 35 in C. NEIRINCK et M. BRUGGEMAN (dir.), *La Convention internationale des droits de l'enfant, une Convention particulière*, Paris : Dalloz, 2014, 278 p.

⁸ E. DECAUX, « Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative : l'exemple des droits de l'enfant », §17 à §19 ; Voir, Haut commissariat aux droits de l'Homme, *Convention relative aux droits de l'enfant* (consulté le 4 août 2021) : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=fr.

⁹ E. DECAUX, « Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative : l'exemple des droits de l'enfant », In : La pluralité interprétative : Fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue [en ligne], : Collège de France. Paris, 2010, § 30.

¹⁰ DECAUX Emmanuel, « Le désordre international qui fait bouger les lignes... Jean Carbonnier et le droit international », in VERDIER Raymond, *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Paris : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, pp. 571 à 612, 705 p., §19.

¹¹ DECAUX Emmanuel, « Le désordre international qui fait bouger les lignes... Jean Carbonnier et le droit international », *Op. Cit.*, § 16.

français pour faire pièce à des dispositions de droit interne »¹². Il est également apparu très critique à l'égard des droits énoncés par la Convention en ajoutant qu'y adhérer, c'est « reconnaître à l'enfant la liberté de pensée, la liberté d'expression, c'est ouvrir à un pouvoir totalitaire le moyen de s'insinuer dans les familles et de prendre les parents de revers »¹³. La réforme du droit de la famille dans les années 1970 n'a pas ainsi, comme l'a souligné Geneviève Giudicelli-Delage, engagé la construction de « droits de l'enfant », qui auraient régi l'enfance, mais a établi des « droits pour l'enfant », qui consistent avant tout à protéger les mineurs et encadrer « les pouvoirs des adultes »¹⁴.

Du premier examen de la France qui a donné lieu au premier rapport du Comité en 1993 à son examen dans le cycle VI-VII depuis la 87^{ème} session ouverte en 2020¹⁵, le droit français a néanmoins évolué pour se mettre en conformité avec le droit conventionnel. Les obstacles subsistant à cette mise en conformité, qui relèvent de dynamiques techniques, politiques et culturelles, seront étudiés sous le prisme d'une comparaison du droit entre ordres juridiques ayant en partage des cultures juridiques similaires. La comparaison se portera sur des ordres juridiques d'Amérique latine, qui appartiennent à la

¹² E. DECAUX, « *Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative : l'exemple des droits de l'enfant* », In : *La pluralité interprétative : Fondements historiques et cognitifs de la notion de point de vue* [en ligne], : Collège de France. Paris, 2010, § 30.

¹³ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 56 cité in E. DECAUX, « *Universalité des droits de l'homme et pluralité interprétative : l'exemple des droits de l'enfant* », Op. Cit. § 30 et in E. DECAUX, « *Le désordre international qui fait bouger les lignes...* Jean Carbonnier et le droit international », Op. Cit, §86. Il conviendra de souligner que, dans ce dernier article, Emmanuel Decaux a rappelé que « [l']idéologie des droits de l'homme vise tout au contraire à protéger l'autonomie individuelle contre la dictature collective ». *Idem*, §87.

¹⁴ G. GUIDICELLI-DELAGE, « Introduction générale », pp. 117 à 29, in G. GUIDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La minorité à contresens. Enfants en danger, enfants délinquants*, Paris, Dalloz, Coll. Les sens du droit, 2014, 426 p., p. 27.

¹⁵ Les rapports du Comité et des Etats parties sont référencés dans la bibliographie qui figure en bas de l'article. Les rapports concernant la France sont disponibles sur le site Internet du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme, « Statut de présentation des rapports pour France » : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=FRA&Lang=FR

même famille de droit romano-germanique¹⁶ ou romaniste¹⁷, et sur des ordres juridiques européens, en raison de l'intégration du droit au sein de l'édifice européen (sous l'influence notamment de la Cour européenne des droits de l'Homme). La pertinence de cette comparaison résulte également d'une évolution des droits de l'enfant qui semble similaire. En effet, selon la typologie de la Professeure Christine Lazerges, les droits de l'enfant s'inspirent, pour les Etats d'Amérique latine et bon nombre d'Etats européens sur un « modèle patriarcal ou familial », marqué par l'absence de droits de l'enfant et l'appartenance de l'enfant à sa famille ; la France a évolué vers un « modèle protectionniste » fondé sur la figure du juge des enfants, exerçant ses prérogatives en matière pénale depuis 1945 et civile depuis 1958 ; les ordres juridiques européens et latino-américains évoluent désormais vers un « modèle de justice » qui « émerge comme le modèle de synthèse contemporain permettant d'échapper aussi bien au modèle patriarcal et familial (...) qu'au modèle protectionniste », sous l'influence de la CIDE, et des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour inter-américaine des droits de l'Homme¹⁸.

Il s'agira d'étudier, au regard des observations générales et recommandations du Comité à l'égard d'autres Etats d'Amérique latine et d'Union européenne, dans quelle mesure les changements législatifs et jurisprudentiels français satisfont les exigences du Comité et les obstacles juridiques, politiques et culturels à ces évolutions.

La lecture des observations et des recommandations émises par le Comité depuis 1993, mais aussi des points à traiter adoptés par le Comité dans le cadre de la session 2020 ainsi que des contributions des institutions

¹⁶ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, 553 p.

¹⁷ H. KÖTZ et K. ZWEIGERT, *Introduction to comparative law*, Oxford : Clarendon Press, 1987, 403 p.

¹⁸ C. LAZERGES, « Typologie des modèles : la mosaïque du droit », in G. GUIDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES (dir.), *Op. Cit.*, pp. 64-88

nationales des droits de l'Homme et des organisations non gouvernementales¹⁹ permet de relever qu'il existe des consensus concernant des principes énoncés par la Convention et qui ont été reconnus d'applicabilité directe, comme le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure le concernant, le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux, et le principe cardinal de l'intérêt supérieur de l'enfant.

De cette lecture, il apparaît également que des thématiques relèvent de difficultés constantes, politiques ou culturelles : l'âge minimum de responsabilité pénale (I), le retrait de l'autorité parentale (ou responsabilité parentale selon la terminologie de la CIDE) (II) et enfin le statut des mineurs non accompagnés (III). Ces thématiques seront successivement étudiées dans le présent article.

I. L'âge minimum de responsabilité pénale

La présomption irréfragable d'irresponsabilité pénale

La question du seuil de responsabilité pénale a été identifiée dès le début des travaux préparatoires de la CIDE en 1979 parmi l'un des principaux points à aborder. Inspiré des règles de Beijing (article 4)²⁰ et rédigé à la demande

¹⁹ Le présent article s'appuie sur les documents officiels de l'ONU (notamment les rapports du Comité), les rapports établis la société civile, notamment la Commission nationale consultative des droits de l'Homme, le Défenseur des Droits et le Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Dans une perspective de droit comparé, il se réfère aux Constitutions, législations et jurisprudences de divers ordres juridiques, ainsi qu'à des publications universitaires publiées en français (notamment l'ouvrage sur la Convention dirigé par Claire Neirinck et Maryline Bruggeman) et en anglais (en particulier l'étude sur la responsabilité pénale rédigée par Don Cipriani) listées dans la bibliographie. Enfin, il s'appuie sur un entretien avec le Professeur Jorge Cardona Llorens, expert du Comité de 2011 à 2018 et rapporteur du Comité lors de l'examen du rapport soumis par la France en 2016.

²⁰ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)*, 29 novembre 1985, résolution 40/33, (consulté le 23 décembre 2020) : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/beijingrules.aspx>.

de l'UNICEF en 1988²¹, l'article 40.3 de la CIDE prévoit que les Etats parties établissent un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale²².

Le Comité a précisé dans son observation générale n°10 qu'il comprend cette disposition comme faisant obligation pour les Etats parties de fixer un âge en-dessous duquel il existe la présomption irréfragable selon laquelle les mineurs ne peuvent faire l'objet de poursuites et être tenus pénalement responsables dans le cadre d'une procédure²³. Il a expliqué, en effet, que, selon lui, il ne doit pas appartenir au tribunal ou au juge d'apprécier le degré de maturité du mineur car selon l'expérience du Comité cette appréciation se fait souvent sans consulter un expert en psychologie et aboutit à une décision relevant de la discrétion du tribunal ou du juge, pouvant se traduire par des pratiques discriminatoires²⁴.

Par ailleurs, si la CIDE ne précise pas l'âge en question, le Comité a indiqué qu'il considère comme étant inacceptable de fixer un âge inférieur à 12 ans, les enfants ne disposant pas en-dessous de cet âge de maturité affective, psychologique et intellectuelle, et qu'il encourage à fixer un âge minimum de 14 ou 16 ans²⁵.

Enfin, dans son observation générale n°26, le Comité a rappelé sa position en exprimant sa préoccupation quant à « l'existence de pratiques qui permettent d'appliquer un âge minimum de la responsabilité pénale plus bas

²¹ D. CIPRIANI, *Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective*, New York : Routledge, 2016, 252 p. (consultation de l'ouvrage en format Kindle, pages non numérotées).

²² L'article 40.3 de la CIDE prévoit que les Etats parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier : a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale. Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits de l'Homme, *Convention relative aux droits de l'enfant* (consulté le 22 décembre 2020) : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

²³ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°10 (2007), Les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, CRC/C/GC/10, 25 avril 2007, §31.

²⁴ *Idem*, §30.

²⁵ *Idem*, §32 et 33.

dans les cas où, par exemple, l'enfant est présumé coupable d'une infraction grave » et en rappelant qu'il convient « de fixer un âge de la responsabilité pénale normalisé en deçà duquel les enfants ne peuvent pas faire l'objet de poursuites pénales, sans exception »²⁶.

Le Professeur Jorge Cardona Llorens a précisé que « le Comité considère que l'âge doit être fixe ; il n'accepte pas qu'il s'agisse seulement d'une présomption qui peut être levée ; l'âge d'irresponsabilité pénale doit ainsi toujours être présumée »²⁷.

La position du Comité à l'égard d'autres pays

Depuis l'adoption de la CIDE, Don Cipriani a relevé que 40 Etats ont établi un âge minimum de responsabilité pénale ou l'ont augmenté²⁸.

S'agissant, en premier lieu, de l'âge minimum de responsabilité pénale, Don Cipriani a relevé que seuls huit Etats n'ont pas établi cet âge minimum. La Pologne ayant établi postérieurement à sa publication un âge minimum de responsabilité pénale (voir *infra*), il ne reste donc plus que sept Etats à ne pas l'avoir fait. Outre la France, dont la situation sera étudiée *infra*, il s'agit des Etats suivants : Cambodge, République démocratique du Congo, Maurice, Nauru, Somalie et Etats-Unis d'Amérique (ce dernier Etat n'ayant pas ratifié la CIDE)²⁹.

²⁶ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°24 (2019) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour enfants*, 18 septembre 2019, CRC/C/GC/24, §31.

²⁷ Entretien en français avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, Professeur de Droit International Public Université de Valencia (Espagne), Membre du Comité des Droits des Enfants des Nations Unies (2011-2018), réalisé le 29 avril 2021 par visio-conférence.

²⁸ D. CIPRIANI, *Op. Cit.*

²⁹ *Ibid.*

Le Chili est l'un des Etats qui a réformé son code pénal pour introduire récemment un âge de responsabilité pénale. En effet, alors que le Comité demandait aux autorités chiliennes de fixer un âge minimum de responsabilité dans ses rapports de 1997³⁰ et 2002³¹, l'article 3 de la loi n°20-084 du 28 novembre 2005 établissant un système de responsabilité des adolescents pour les infractions à la loi pénale³² prévoit désormais que les mineurs âgés de moins de 14 ans ne sont pas responsables pénalement. Les autorités chiliennes ont souligné dans leur rapport au Comité soumis la même année que « les enfants n'ayant pas atteint cet âge (...) bénéficient de programmes d'appui psychosocial qui mettent l'accent sur le travail avec la famille et sur les politiques sociales »³³.

Sous la pression des recommandations du Comité, la Pologne a également établi un âge minimum. Le Comité avait jugé en 2002 préoccupant que l'Etat n'ait pas fixé « précisément » d'âge minimum de responsabilité pénale « que, dans certains cas, des enfants de 10 ans puissent être condamnés à des mesures éducatives » et avait recommandé dans le même rapport que « l'État partie fixe à 13 ans l'âge minimum de la responsabilité pénale pour toutes les affaires et qu'en deçà de ce seuil les enfants ne puissent être condamnés ni à des peines de détention ni à des peines éducatives »³⁴.

Comme l'ont indiqué les autorités polonaises dans leur rapport remis au Comité en 2014, le code pénal prévoit désormais à l'article 10 que seules les personnes âgées de plus de 17 ans qui commettent un acte répréhensible encourent une responsabilité pénale et que les personnes âgées de 15 à 17 ans

³⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Chili*, 25 avril 1994, CRC/C/15/Add.22, §17

³¹ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Chili*, 3 avril 2002, CRC/C/15/Add.173, §23.

³²Biblioteca del congreso nacional de Chile (BCN), « *establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal* », loi n°20-084, publié le 28 novembre 2005 (site Internet consulté le 23 janvier 2021) : <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=244803>.

³³ Comité des droits de l'enfant, *Troisièmes rapports périodiques que les États parties devaient présenter en 1997*, 20 décembre 2005CRC/C/CHL/3, §240

³⁴ Comité de droits de l'enfant, *Observations finales: Pologne*, 30 octobre 2002, CRC/C/15/Add.194, §25 et §26.

n'encourent une responsabilité pénale que s'ils commettent l'une des infractions les plus graves (par exemple, l'homicide volontaire, l'homicide perpétré d'une manière particulièrement cruelle, le fait de causer des lésions corporelles graves, le viol en réunion, la prise d'otages, le détournement d'avion ou de navire). En conséquence, le rapport a souligné qu'en aucun cas une personne âgée de moins de 15 ans n'encourt de responsabilité pénale et qu'aucune peine ne peut lui être infligée³⁵.

En second lieu, le Comité a recommandé d'élever le seuil d'âge, lorsqu'il a considéré que celui qui a été fixé par l'Etat comme étant trop bas.

Le Comité a exprimé des préoccupations à l'égard de la législation du Royaume-Uni où, en dehors de l'Ecosse, l'âge minimum de responsabilité pénale a été fixé à dix ans et a recommandé de relever cet âge « conformément aux normes internationales pertinentes »³⁶. Cet âge minimum de 10 ans avait été fixé au Royaume-Uni suite à l'affaire *Bulger*³⁷ qui avait conduit à l'adoption de la loi *Crime and Disorder Act*³⁸ en 1998 et à la suppression de la *doli incapax* (présomption que les enfants âgés de 10 à 14 ans ne pouvaient être tenus pour être responsables pénalement de leurs actes).

A l'inverse du Royaume-Uni, plusieurs Etats d'Amérique latine ont augmenté entre 2005 et 2007 l'âge minimum de responsabilité pénale.

³⁵ Comité des droits de l'enfant, *Troisième et quatrième rapports périodiques des États parties attendus en 2008 - Pologne*, 15 décembre 2004, CRC /C/POL/3-4, §169.

³⁶ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 12 juillet 2016, CRC /C/GBR/CO/5, §78 et §79.

³⁷ L'affaire *Bulger* porte sur l'enlèvement et le meurtre le 12 février 1993 d'un enfant de deux ans, James Patrick Bulger par deux autres enfants âgés de dix ans près de Liverpool, au Royaume-Uni. Voir D. CIPRIANI, *Op. Cit.*

³⁸ D. CIPRIANI, *Op. Cit.*

Au Mexique, le Comité a noté en 2006 que la Constitution fixait à son article 18 l'interdiction de placer en détention les enfants âgés de moins de 14 ans, et demandait aux autorités fédérales de porter au même âge le seuil de responsabilité pénale³⁹. Par décret du 29 janvier 2016⁴⁰, il a été ajouté un alinéa à l'article 18 de la Constitution disposant que les mineurs âgés de moins de 12 ans qui ont commis ou ont participé à un crime ne peuvent pas faire l'objet de procédures pénales, mais uniquement de mesures sociales⁴¹.

En Colombie, le Comité avait en 2006 recommandé « [d]'aligner l'âge minimum de la responsabilité pénale sur les normes reconnues au plan international »⁴². Suite à une réforme introduite par la loi n°1453 de 2011 les personnes de moins de 14 ans qui commettent un délit ne relèvent pas du système de responsabilité pénale, mais des procédures administratives de rétablissement des droits⁴³. Toutefois, le Comité a continué à exprimer des préoccupations dans son rapport de 2015 concernant « les propositions de loi abaissant l'âge de la responsabilité pénale, aggravant les sanctions et élargissant la liste des infractions pour lesquelles les enfants peuvent être privés de liberté, qui constituent une régression »⁴⁴.

³⁹ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales : Mexique*, 8 juin 2006, CRC/C/MEX/CO/3, §71.

⁴⁰ Diario Oficial, *Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México*, 29 janvier 2016, site Internet (consulté le 23 janvier 2021) : http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_227_29ene16.pdf

⁴¹ « La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social ». CAMERA DI DIPUTADOS, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, site Internet (consulté le 23 janvier 2021) : http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

⁴² Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Colombie*, 8 juin 2006, CRC/C/COL/CO/3, §91.

⁴³ Comité des droits de l'enfant, *Quatrièmes et cinquièmes rapports périodiques des États parties attendus en 2011 - Colombie*, 25 octobre 2013, CRC /C/COL/4-5, §401.

⁴⁴ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Colombie, présentés en un seul document*, 6 mars 2015, CRC /C/COL/CO/4-5 §66.

Il a été vu *supra* que le Chili a durant cette même période, en 2005, fixé un âge minimum de responsabilité pénale à 14 ans.

Le Professeur Jorge Cardona Llorens a indiqué que les observations du Comité ont eu une influence sur les législations latino-américaines, mais qu'il faut également tenir compte du travail de la société civile, qui y a fait beaucoup de « lobbying », des universitaires, de l'institut inter-américain des droits de l'enfant, de la Convention inter-américaine des droits de l'Homme et de la Cour inter-américaine des droits de l'Homme. Il a, en effet, souligné qu'en application de l'article 19 de la Convention inter-américaine, qui fait référence aux droits de l'enfant, la Cour inter-américaine a considéré que toute la Convention internationale relative aux droits de l'enfant était incorporée dans cet article, et applique ainsi la Convention internationale ainsi que la doctrine du Comité⁴⁵.

La présomption simple de non discernement des enfants âgés de moins de 13 ans en France

Une réforme du droit pénal relatif aux mineurs ayant été adoptée en France, il sera étudié successivement les dispositions actuellement en vigueur et celles qui entreront en application le 30 septembre 2021.

Aux termes des dispositions des articles 2 et 20-2 de l'Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante actuellement en vigueur dans l'ordre interne français, aucune peine ne peut être prononcée à l'encontre d'un mineur âgé de moins de 13 ans⁴⁶. Toutefois, tout mineur est pénalement responsable, en application de l'article 122-8 du code pénal, dès lors qu'il a été

⁴⁵ Entretien avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*

⁴⁶ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, article 2 modifié par l'article 29 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 et article 20-2 modifié par l'article 30 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

établi qu'il est capable de discernement⁴⁷. Il ressort de la lecture combinée de ces dispositions législatives que, si les juridictions peuvent prononcer la culpabilité de tout mineur, quel que soit son âge, dès lors qu'elles le considèrent capable de discernement, elles ne peuvent en aucun cas le condamner à une peine s'il est âgé de moins de 13 ans.

Le Comité a, dès son premier rapport en 1994 à l'égard de la France, demandé aux autorités nationales de fixer un âge minimum de responsabilité pénale⁴⁸. Il a réitéré sa recommandation dans les rapports suivants en 2004⁴⁹, 2009⁵⁰. Dans son dernier rapport de 2016, il a demandé de donner suite à ses recommandations antérieures, en particulier s'agissant de l'âge minimal de la responsabilité pénale⁵¹, et a, une nouvelle fois, engagé « instamment l'État partie à mettre son système de justice pour mineurs en totale conformité avec la Convention et les autres normes pertinentes » et « recommand[é] [d]'établir un âge minimum de la responsabilité pénale, en veillant à ce que cet âge ne soit pas inférieur à 13 ans et à ce qu'il soit tenu compte de la capacité de discernement de l'enfant »⁵².

A la demande du Comité, mais aussi d'acteurs nationaux tel que l'Association française des Magistrats de la Jeunesse et des Familles⁵³,

⁴⁷ Code pénal, article 122-8, modifié par l'article 11 de la loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002.

⁴⁸ Dans le premier rapport de 1994, le Comité a indiqué qu'il est « inquiet de la législation et la pratique en matière d'arrestation, de détention, de condamnation et d'incarcération dans le cas des mineurs, qui n'est peut-être pas pleinement conforme avec les dispositions et les principes de la Convention, en particulier les articles 37 et 40 ». Il a engagé la France à « examiner sa législation régissant l'administration de la justice des mineurs » en vue de la rendre conforme notamment à l'article 40 de la CIDE. Comité des droits de l'enfant, *Conclusions du Comité des droits de l'enfant : France*, 25 avril 1994, CRC/C/15/Add.20, §16 et 26.

⁴⁹ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales : France*, 30 juin 2004, CRC/C/15/Add.240, §16 et §17.

⁵⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : France*, 22 juin 2009, CRC/C/FRA/CO/4, §6, §98, §99.

⁵¹ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : France*, CRC/C/FRA/CO/5, 23 février 2016, §6.

⁵² *Ibid*, §82.

⁵³ Proposition n°8 : « Conformément à l'article 40 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, fixer à 13 ans le seuil d'âge en dessous duquel un mineur ne peut être considéré comme étant en capacité d'enfreindre la loi pénale » ; Association française des magistrats de la jeunesse et des familles (AFMJF), *Propositions de l'AFMJF pour une réforme pénale des mineurs*

l'Ordonnance portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, qui a été ratifiée par la loi n° 2021-218 du 26 février 2021 et qui entrera en vigueur le 30 septembre 2021, prévoit à l'article L11-1 que « [l]es mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement »⁵⁴. Le code de justice pénale des mineurs a instauré une présomption réfragable ou simple de non discernement des enfants âgés de moins de 13 ans, et ainsi d'irresponsabilité pénale. Il a défini la notion de discernement selon les termes suivants, issus de la jurisprudence (Crim. 13 déc. 1956)⁵⁵ : « est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet ». Par décret en date du 27 mai 2021 portant partie réglementaire dudit code, il a été précisé à l'article R11-1 que « [l]a capacité de discernement du mineur âgé de moins de treize ans et l'absence de capacité de discernement du mineur âgé d'au moins treize ans peuvent être établies notamment par leurs déclarations, celles de leur entourage familial et scolaire, les éléments de l'enquête, les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis, une expertise ou un examen psychiatrique ou psychologique »⁵⁶.

disponible sur le site Internet (consulté le 17 janvier 2021) : [https://www.afmjf.fr/spip.php?action=accéder_document&arg=637&cle=08b3d8d3add9780f01bf23e2a6ec0f3ec9d991eb&file=pdf/%2F30 propositions AFMJF justice penale des mineurs definitive.pdf](https://www.afmjf.fr/spip.php?action=accéder_document&arg=637&cle=08b3d8d3add9780f01bf23e2a6ec0f3ec9d991eb&file=pdf/%2F30%20propositions%20AFMJF%20justice%20penale%20des%20mineurs%20definitive.pdf).

⁵⁴ Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, article L11-1.

⁵⁵ Dans cette décision fondant la jurisprudence dite « Laboube » les juges avaient déclaré irresponsable un enfant de six ans pour des faits de violence par imprudence considérant que « toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ». Voir DALLOZ ACTU ETUDIANTS, « Point sur la responsabilité pénale générale », 26 mars 2021, disponible sur le site Internet (consulté le 9 mai 2021) : <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-responsabilite-penale-des-mineurs/h/ac8518e87534df05e0154dc29920292f.html>.

⁵⁶ Décret n° 2021-682 du 27 mai 2021 portant partie réglementaire du code de la justice pénale des mineurs (articles en R), article R11-1.

Par ailleurs, l'impossibilité de prononcer une peine pour les mineurs âgés de moins de 13 ans est maintenue par l'introduction de l'article L11-4 de l'Ordonnance adoptée le 26 février 2021.

Le Comité n'a pas fait mention de manière explicite à la question de l'âge de responsabilité pénale dans la liste des points à traiter soumis lors de la session 2020. Toutefois, il a demandé d'apporter des précisions concernant le « concept de discernement » et les mesures prises pour réduire l'emprisonnement des mineurs⁵⁷.

En outre, certaines institutions nationales des droits de l'Homme ont fait part de leurs interrogations concernant la réforme en cours. Le Défenseur des droits a déploré, dans son rapport, qu'elle n'ait pas permis à la France « de se mettre en conformité avec ses obligations internationales, en prévoyant un âge minimum de responsabilité pénale »⁵⁸, tandis que la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a indiqué que la notion de discernement interroge « puisqu'un enfant peut en même temps comprendre ce qu'il a fait, et donc avoir fait preuve de discernement, mais pour autant ne pas être pleinement conscient de la gravité des actes commis »⁵⁹.

Selon le Professeur Cardona Llorens, « le Comité considère qu'il doit y avoir un système de responsabilité pénale qui s'applique au-dessus d'un certain âge et un système administratif et civil qui peut exister avant l'âge de responsabilité pénale, dans lequel l'Etat doit prévoir des mesures éducatives, mais aucune privation de liberté ne peut être prévue »⁶⁰.

II. La notion de responsabilité parentale

⁵⁷ *List of issues prior to submission of the sixth periodic report of France*, 6 novembre 2020, CRC/C/FRA/QPR/6, §33.

⁵⁸ *Rapport du Défenseur des Droits au Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies*, 21 juillet 2020.

⁵⁹ *Note de la CNCDH en vue de l'examen du sixième rapport période de la France par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies*, 21 juillet 2020, p. 17.

⁶⁰ Entretien avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*

La notion de « responsabilité parentale » demeure inconnue du code civil français. C'est toutefois cette notion qui a été retenue dans plusieurs dispositions de la CIDE, et en particulier à ses articles 5, 18, 21 et 27. Sous son influence, plusieurs Etats notamment latino-américains l'ont intégrée dans leurs législations.

Les réformes adoptées en Colombie et en Argentine

L'approche fondée sur la « responsabilité parentale » est nouvelle dans plusieurs ordres internes latino-américains qui se fondent, comme la France, sur un modèle « patriarcal » ou de *patria potestad*⁶¹. Sous l'influence de la CIDE, plusieurs Etats ont entrepris des réformes pour permettre la co-existence des notions d'autorité parentale (*patria potestad*) et de responsabilité parentale (Bolivie et El Salvador) ou pour consacrer la notion de « responsabilité parentale » (Colombie et Argentine).

Comme l'ont relevé Marisa Herrera et Fabiola Lathrop, dans les Etats latino-américains (l'Uruguay, de l'Equateur, du Paraguay, du Pérou, du Venezuela et du Chili), les dispositions relatives au droit de la famille continuent

⁶¹ M. HERRERA et F. LATROP, « Parental Responsibility: A Comparative Study of Latin American Legislation », pp.274-291 in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2016, n°30, pp. 274-276.

de se référer à la notion de *patria potestad*⁶². En Bolivie⁶³ et au Salvador⁶⁴, les législations se réfèrent à la notion d'autorité parentale et au Brésil de *poder familiar*⁶⁵.

Toutefois, sous l'influence de la CIDE, les législations colombienne et argentine ont évolué pour incorporer la notion de responsabilité parentale.

Si le code civil colombien continue de se référer en son article 288 à la *patria potestad*, qui est définie comme « l'ensemble des droits que la loi accorde aux parents à l'égard de leurs enfants non émancipés pour faciliter le respect des devoirs que leur impose leur qualité »⁶⁶, la notion de « responsabilité parentale » a été ajoutée, comme l'ont souligné les autorités colombiennes au

⁶² *Idem*, p. Les dispositions sont établies dans les articles 30 du code de l'enfance et de l'adolescence de l'Uruguay, 104 et suivants du code de l'enfance et de l'adolescence de l'Équateur, 70 et suivants du code de l'enfance et de l'adolescence du Paraguay, 74 et suivants du code de l'enfance et de l'adolescence du Pérou, 347 et suivants de la loi sur les garçons, les filles et les adolescents du Venezuela, et 243 du code civil chilien. *Idem*, p. 276.

⁶³ L'article 35 du code des familles et des processus familiaux bolivien prévoit que « la protection de la famille pour les filles, les garçons et les adolescents est réalisée sous l'autorité de la mère, du père ou des deux » (traduction personnelle : « La protección familiar a las niñas, niños y adolescentes, se realiza mediante la autoridad de la madre, del padre o de ambos ») ; Bolivie, Ministeria del comunicacion, *Código de las Familias y del Procesos Familiar*, article 35, disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : https://comunicacion.gob.bo/sites/default/files/dale_vida_a_tus_derechos/archivos/Ley%20603%20C%C3%B3digo%20de%20las%20Familias%20y%20del%20Proceso%20Familiar.pdf.

⁶⁴ L'autorité parentale est définie à l'article 206 du code de la famille d'El Salvador en tant que « l'ensemble des pouvoirs et des devoirs que la loi accorde et impose au père et à la mère sur leurs enfants mineurs ou ceux déclarés incapables, afin qu'ils les protègent, les éduquent, les assistent et les préparent à la vie, ainsi que pour les représenter et gérer leurs biens (traduction personnelle : La autoridad parental es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes ») ; Organisation des États Américains, *Código de familia*, article 206, disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_el_salvador.pdf.

⁶⁵ L'article 1630 du code civil brésilien prévoit que « les enfants sont soumis au pouvoir familial lorsqu'ils sont mineurs » (traduction personnelle : « Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores ») ; Brésil, -Planalto, Código Civil, article 1630, disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

⁶⁶ Organisation des États Américains, Código Civil, article 288, traduction personnelle (« La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone ») ; disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf.

Comité⁶⁷, suite à l'entrée en vigueur du code de l'enfance et de l'adolescence le 8 novembre 2016. Elle est définie en tant que « complément » à la *patria potestad* et elle consiste en « l'obligation des mères et des pères de guider leurs enfants, d'en prendre soin, de les accompagner et de les élever ». Elle prévoit également que « [l]e père et la mère sont responsables conjointement et solidairement, et doivent veiller au respect maximum des droits de leurs enfants »⁶⁸.

Sous l'influence du Comité⁶⁹, le code civil argentin a aussi été réformé le 1^{er} août 2015 pour incorporer la notion de responsabilité parentale⁷⁰ qui est définie à l'article 638 du code civil et commercial comme étant « l'ensemble des droits et des devoirs qu'exercent les parents sur la personne et les biens de l'enfant, pour sa protection, son développement et sa formation intégrale tant qu'il est mineur et non encore émancipé »⁷¹. L'article 639 du même code précise que la notion de responsabilité parentale se fonde sur les principes suivants : a) l'intérêt supérieur de l'enfant; b) l'autonomie progressive de l'enfant selon ses capacités psychophysiques, ses aptitudes et son développement (...); c) le droit

⁶⁷ Comité des droits de l'enfant, *Quatrième et cinquième rapports périodiques des États parties attendus en 2011 - Colombie*, 25 octobre 2013, CRC/C/COL/4-5, §139.

⁶⁸ Traduction libre proposée par l'auteur de cette étude (« La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos »); SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO, Código de la Infancia y la Adolescencia, article 13, disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html.

⁶⁹ Voir M. HERRERA et F. LATROP, *Op. Cit.*, pp. 276-277 ; les autorités argentes soulignent cette évolution dans le rapport soumis au Comité en 2018 : COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, *Rapport valant cinquième et sixième rapports périodiques soumis par l'Argentine en application de l'article 44 de la Convention, attendu en 2016*, 31 octobre 2018, CRC /C/ARG/5-6, , §154.

⁷⁰ M. HERRERA et F. LATROP, *Op. Cit.*, p. 276.

⁷¹ Código Civil y Comercial de la Nación, article 638, traduction personnelle (« La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado »), disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#17>.

de l'enfant d'être entendu et de voir son opinion pris en considération en fonction de son âge et de son degré de maturité⁷².

Selon le Professeur Jorge Cardona Llorens, ces évolutions dans les Etats latino-américains sont liées, comme pour la question de l'âge minimum de responsabilité pénale, à l'influence des recommandations du Comité, mais aussi à l'action de la société civile et des universitaires, à la Convention inter-américaine des droits de l'Homme et à la Cour inter-américaine des droits de l'Homme

73

La notion de « garde » en Suède

Le droit suédois ne connaît pas les notions d'autorité ou de responsabilité parentale, mais se réfère aux concepts de garde (« vårdnad ») et de tutelle (« förmynderskap »)⁷⁴. Si le Comité a considéré que les Etats qui se fondent sur la notion d'autorité parentale sont trop protecteurs de cette dernière, il a considéré au contraire que la Suède procède à un nombre de placements et de retrait de la garde trop élevé.

L'approche suédoise se fonde, comme l'a souligné la Professeure Joan E. Durrant, sur une conception visant à bannir les châtimens corporels ; elle a été le premier Etat à l'interdire en 1979⁷⁵.

Le code de la parentalité et de l'enfance suédois prévoit, en effet, que « l'enfant ne peut pas être sujet aux punitions corporelles ou à des traitements

⁷² *Idem*, article 639, traduction personnelle (« a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez »).

⁷³ Entretien avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*

⁷⁴ M. JÄNTERÄ-JAREBORB, A. SINGER, et C. SÖRGJERD, « National Report : Sweden », p. 1, disponible sur le site Internet (consulté le 13 février 2021) : <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-Parental-Responsibilities.pdf>.

⁷⁵ J. E. DURRANT, « Law Reform, Corporal Punishment and Child Abuse: The Case of Sweden », in *International Review of Victimology*, 2005, Vol. 12, pp. 139-158, p. 141.

préjudiciables ou humiliants »⁷⁶. Dans le cas où un parent est coupable d'abus ou de négligences, ou se comporte d'une manière qui compromet gravement la santé ou le développement de l'enfant, la garde (*vårdnad*) de l'enfant doit être retirée au parent reconnu coupable ; et si les deux parents sont reconnus coupables, la juridiction transfère la garde à une ou deux personnes qu'elle désigne⁷⁷.

Le Comité a exprimé en 2009 sa préoccupation « par le grand nombre d'enfants ayant été retirés de leur famille et qui vivent dans des familles d'accueil ou d'autres établissements ». Le Comité a ainsi recommandé à la Suède de « prendre des dispositions pour s'attaquer aux causes qui font que de nombreux enfants sont retirés de leur famille, (...) [d]'élaborer et de mettre à exécution d'autres programmes et politiques pour prévenir le placement d'enfants dans des institutions (...) [et de] protéger le milieu familial naturel en priorité et de veiller à ce que le retrait de la famille et le placement en famille d'accueil ou autre institution ne se fassent que dans le souci de l'intérêt supérieur de l'enfant »⁷⁸.

Confrontées à ces critiques, les autorités suédoises ont indiqué dans leur rapport au Comité en 2014 avoir mis en place une « stratégie nationale de développement du soutien parental », qui a pour objet d'aider les parents à assumer leur rôle notamment pour avoir à éviter de placer l'enfant. Si les autorités précisent qu'elles s'efforcent d'éviter le plus possible les placements, la logique qui prévaut en Suède entraîne une hausse permanente du nombre de placements

79

⁷⁶ Traduction libre proposée par l'auteur de cette étude. Voir *ibid.* Voir également M. JÄNTERÄ-JAREBORB, A. SINGER et C. SÖRGJERD, *Op. Cit.*, p. 2.

⁷⁷ M. JÄNTERÄ-JAREBORB, A. SINGER et C. SÖRGJERD, *Op. Cit.*, p. 8

⁷⁸ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Suède*, 26 juin 2009, CRC/C/SWE/CO/4, §34-35.

⁷⁹ Comité des droits de l'enfant, *Cinquièmes rapports périodiques des États parties devant être soumis en 2011 – Suède*, 5 mai 2014, CRC /C/SWE/5, §207, §213, §214. L'annexe 1 au rapport de la Suède précise que 19200 enfants ont été placés durant l'année 2010 ; Voir Comité des droits

L'approche française fondée sur l'autorité parentale

L'approche française se fonde, comme c'est le cas pour la plupart des Etats latino-américains, sur l'autorité parentale.

Cette notion résulte, comme l'a souligné Edouard Durand, d'une lente évolution issue du droit romain de *patria potestas*, puis de la puissance paternelle issue des dispositions de l'article 375 du code civil dans sa rédaction de 1804, et de la réforme issue de la loi du 4 juin 1970, sous l'inspiration du Doyen Carbonnier, qui a substitué à la notion de puissance paternelle celle d'autorité parentale⁸⁰.

Selon le Professeur Jorge Cardona Llorens, la notion de responsabilité parentale « soulève plusieurs questions culturelles en France où il est considéré que les enfants appartiennent aux parents. L'autorité du père, ou des parents en général, provient du droit romain, du *patria potestas*. Comprendre que les parents ont des responsabilités au lieu d'une autorité est difficile »⁸¹.

L'autorité parentale est définie à l'article 371-1 du code civil comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant⁸². Si la loi du 4 mars 2002 a ajouté « l'intérêt de l'enfant », il n'en demeure pas moins qu'elle atteste de « la permanence de la puissance de l'homme »⁸³.

La CIDE se référant à la notion de responsabilité parentale (voir *supra*), le Comité a noté « avec préoccupation que l'État partie utilise toujours la notion d'« autorité parentale », qui n'est pas conceptuellement conforme aux

de l'enfant, *Annex 1, Statistics, to Sweden's fifth periodic report to the UN Committee on the Rights of the Child, on the implementation of the Convention on the Rights of the Child 2007-2012*, §40

⁸⁰ E. DURAND, « La place du père, les hésitations du droit de la famille », in *Cairn.Info*, mai 2012, pp. 33 à 45.

⁸¹ Entretien avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*

⁸² Code civil, article 371-1 créé par l'article 1 de la loi n°70-459 du 4 juin 1970.

⁸³ E. DURAND, *ibid.*

droits de l'enfant » et a recommandé à la France de la remplacer par l'expression « responsabilité parentale » ou une expression similaire « conforme aux droits de l'enfant »⁸⁴.

Si la définition de l'autorité parentale a évolué pour intégrer la notion de l'intérêt de l'enfant, il n'en demeure pas moins qu'elle reste fondée sur une conception selon laquelle les parents ont des droits sur leurs enfants avant d'avoir des devoirs. Il existe ainsi de plus grandes réticences à procéder au retrait de l'autorité parentale qu'à une révocation de la responsabilité parentale.

Le Comité s'est ainsi montré « gravement préoccupé par le fait que, lorsque des parents ont été condamnés pour des infractions graves (...) visant un ou plusieurs de leurs enfants, et qui continuent à présenter un risque pour les enfants survivants, l'État partie donne la priorité au maintien de liens familiaux aux dépens de l'intérêt supérieur de l'enfant et autorise les parents à conserver leurs droits parentaux ». Il a recommandé « [d]e créer l'obligation pour tous les juges de soulever systématiquement la question de la révocation de l'autorité parentale lorsque des parents sont condamnés pour une infraction grave à l'égard d'un ou plusieurs de leurs enfants, et d'inscrire expressément dans la loi que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer toute autre considération dans de telles décisions »⁸⁵.

Cette recommandation demeure pour le Comité un sujet d'actualité puisqu'il a demandé, dans la liste des points à traiter lors de la session 2020, des informations concernant sa mise en œuvre⁸⁶.

Selon le Professeur Jorge Cardona Llorens, il est difficile de faire évoluer le droit français en raison de « la culture adulte-centrique dans laquelle

⁸⁴ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : France*, 23 février 2016 CRC/C/FRA/CO/5, §49 et §50.

⁸⁵ *Idem*, §27 et §28.

⁸⁶ *List of issues prior to submission of the sixth periodic report of France*, 6 novembre 2020, CRC/C/FRA/QPR/6, §13.

les parents ont des droits sur l'enfant ; or, si l'enfant encourt un grave risque pour sa sécurité, le droit du père ou des parents ne doit pas primer sur l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est le sens de l'article 3 de la Convention et de l'Observation générale n°14 qui a souligné que l'intérêt supérieur de l'enfant est primordial »⁸⁷.

Des évolutions législatives ont néanmoins eu lieu pour encourager les juridictions à procéder au retrait de l'autorité parentale.

Comme l'ont souligné la Commission nationale consultative des droits de l'Homme⁸⁸ et le Défenseur des Droits de l'Homme⁸⁹, la principale évolution législative française a consisté en l'interdiction des châtiments corporels dans le droit civil, par l'ajout par la loi du 10 juillet 2019 à l'article 371-1 du code civil de la disposition selon laquelle l'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques⁹⁰. Le Défenseur Des Droits a soutenu que cette interdiction des châtiments corporels devrait également figurer dans le code de l'éducation et le code de l'action sociale et des familiales.

Il conviendra aussi de rappeler que le retrait de l'autorité parentale est possible dans le cadre d'une procédure civile dans les cas prévus par les dispositions de l'article 378-1 du code civil (mauvais traitement, conduite inadaptée, défaut de soins et absence d'exercice des droits et devoirs à l'égard de l'enfant)⁹¹.

Si ces évolutions en matière civile participent effectivement à la mise en conformité du droit français, il n'en demeure pas moins que la

⁸⁷ Entretien avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*

⁸⁸ Note de la CNCDH en vue de l'examen du sixième rapport période de la France par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, 21 juillet 2020, p. 6.

⁸⁹ Rapport du Défenseur des Droits au Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies, 21 juillet 2020, §45.

⁹⁰ Code civil, article 371-1 créé par l'article 1 de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 et modifié par l'article 1 de la loi n°2019-721 du 10 juillet 2019.

⁹¹ Code civil, article 378-1 créé par l'article 1 de la loi n°70-459 du 4 juin 1970.

recommandation du Comité a porté sur la question du retrait de l'autorité parentale lors de condamnations des parents pour des infractions pénales et qu'en la matière, des évolutions législatives qui ont modifié le code pénal doivent être soulignées.

En effet, la loi du 4 août 2014 a introduit l'obligation pour la juridiction de jugement de se prononcer sur le retrait total ou partiel de l'autorité parentale, en cas de condamnation pour un crime ou un délit commis par le père ou la mère sur son enfant d'atteintes volontaires à la vie (article 221-5-5 du code pénal⁹²) et d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, d'agressions sexuelles ou de harcèlement moral (article 222-48-2 du même code)⁹³.

La loi du 28 décembre 2019 a ajouté la possibilité pour cette même juridiction de se prononcer non pas sur l'autorité parentale en tant que telle, mais sur l'exercice de l'autorité parentale.

III. La protection des mineurs non accompagnés

La protection conventionnelle des mineurs non accompagnés

Les seules dispositions de la CIDE relatives à la protection des droits de l'Homme des mineurs migrants et qui prévoient l'assistance humanitaire à leur profit sont prévues dans son article 22 selon lequel « [l]es Etats parties prennent les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié ou qui est considéré comme réfugié (...) bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues pour lui permettre de jouir des droits que lui reconnaissent la présente Convention et les autres

⁹² Code pénal, article 221-5-5 créé par l'article 34 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014 et modifié par l'article 8 de la loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019.

⁹³ Code pénal, article 222-48-2 créé par l'article 34 de la loi n°2014-873 du 4 août 2014 et modifié par l'article 8 de la loi n°2019-1480 du 28 décembre 2019.

instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ou de caractère humanitaire auxquels lesdits Etats sont parties »⁹⁴. En effet, comme cela a été souligné par Eirini Papoutsis, en application de cette disposition, les États ont pour obligation d'appliquer aux mineurs migrants les droits prévus par la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951. Les mineurs non accompagnés doivent ainsi bénéficier du principe de non-refoulement ; ce principe, fondé sur l'article 33 de la Convention de 1951, a acquis un statut de droit coutumier voire de *jus cogens*, et a été rappelé par le Comité dans son observation générale n°6⁹⁵ dans les termes suivants: « [p]our s'acquitter de leurs obligations découlant de la Convention, les États sont en outre tenus de ne pas renvoyer un enfant dans un pays s'il y a des motifs sérieux de croire que cet enfant sera exposé à un risque réel de dommage irréparable »⁹⁶.

La CIDE comprend également des dispositions qui ne sont pas spécifiques aux migrants, mais qui ont une acuité particulière dans la protection des enfants migrants. L'article 1 de la CIDE permet ainsi de disposer d'une définition internationale de l'enfant comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »⁹⁷. L'article 20 qui porte sur « [t]out enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial » prévoit à leur égard « une protection et une aide spéciales de l'État », et notamment

⁹⁴ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Convention relative aux droits de l'enfant* (consulté le 17 février 2021) : <https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>. Voir G.S. GOODWIN-GILL, « Unaccompanied refugee minors – The role and place of international law in the pursuit of durable solutions », in *The International Journal of Children's Rights*, Kluwer Academic Publishers, Pays-Bas, 1995, pp. 405 à 416, p. 405 ; Voir également J. A. LAWRENCE, A. E. DODDS, I. KAPLAN et M. TUCCI, "The Rights of Refugee Children and the UN Convention on the Rights of the Child", in *Laws*, 2019, 8(3), pp. 1 à 22, p. 4 ; Voir également E. PAPOUTSI, "The Protection of Unaccompanied Minors under International Human Rights Law: Revisiting Old Concepts and Confronting New Challenges in Modern Migration Flows", in *American University International Law Review*, 35(2), 2020, pp. 219-258 p. 223.

⁹⁵ E. PAPOUTSI, *Op. Cit.*, p. 227.

⁹⁶ Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°6 - Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, 1er septembre 2005, CRC/GC/2005/6, §26-27.

⁹⁷ Voir E. PAPOUTSI, *Op. Cit.*, p. 222.

l'obligation de fournir un logement grâce à une mesure de placement »⁹⁸. Les mineurs non accompagnés doivent bénéficier de la désignation d'un tuteur ou conseiller et d'un représentant légal en application des articles 18-2 et 20-1 de la CIDE qui ont pour objectif de s'assurer que le mineur non accompagné peut exercer l'ensemble de ses droits⁹⁹.

Les mineurs non accompagnés doivent se voir appliquer les mêmes droits que les autres enfants vivant dans le pays. Ils ne peuvent ainsi faire l'objet de discrimination (article 2) ou « de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle » (article 19). Tout mineur bénéficie également, parmi d'autres droits, des droits d'être enregistré, de disposer d'un nom, d'une identité et d'une nationalité (article 7), du droit de préserver son identité (article 8), du droit d'être traité avec dignité, honneur, respect et respect de soi (articles 16, 37, 39 et 40), du droit à la survie et au développement (article 6), des libertés d'expression, de pensée, de conscience, de religion, d'association et de réunion (articles 13 à 15), du droit à la santé et de bénéficier des services médicaux et de rééducation (article 24), du droit à l'éducation, en particulier l'enseignement primaire devant être obligatoire et gratuit pour tous et l'enseignement secondaire devant être encouragé (article 28)¹⁰⁰.

Les préoccupations du Comité en Europe et en Amérique latine

⁹⁸ Voir *idem*, p. 226.

⁹⁹ Voir *idem*, pp. 239-240 et p. 243 ; Voir également Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n°6 - Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, 1er septembre 2005, CRC/GC/2005/6, §33-38.

¹⁰⁰ Voir J.A. LAWRENCE, A.E. DODDS, I. KAPLAN et M. TUCCI, *op. cit.*, pp. 8 à 10.

Le Comité a souligné sa préoccupation concernant, d'une part, le placement des enfants dans des centres de détention, et d'autre part, le recours aux expertises médicales. Cette préoccupation a été précisée dans l'observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant. D'une part, ils ont rappelé que chaque enfant a le droit de ne pas être placé en détention et que le recours à la détention pour les enfants migrants « constitue une violation des droits de l'enfant et est contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ». D'autre part, ils ont indiqué que l'évaluation de l'âge ne pouvait reposer que sur une « évaluation complète du développement physique et psychologique de l'enfant, qui soit effectuée par des pédiatres et d'autres professionnels capables de combiner différents aspects du développement » et qu'il ne pouvait être fait usage des expertises médicales, en particulier des « analyses osseuses et dentaires, qui peuvent être imprécises, comporter de grandes marges d'erreur, et peuvent aussi être traumatisantes et entraîner des procédures juridiques inutiles »¹⁰¹.

Le Comité a exprimé ses préoccupations sur ces deux thèmes lors de l'examen des situations des mineurs migrants en Europe et en Amérique latine.

S'agissant des Etats européens, dans son rapport à l'égard du Royaume-Uni, le Comité a noté sa préoccupation quant au placement des enfants en détention pendant la procédure d'asile. S'il n'est pas fait mention des tests osseux qui sont interdits au Royaume-Uni, le Comité a noté également sa préoccupation concernant une directive du Ministère de l'intérieur relative à la

¹⁰¹ Observation générale conjointe n°4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n°23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 16 novembre 2017, CMW /C/GC/4– CRC /C/GC/23, §4 et 5.

détermination de l'âge qui permet qu'un « enfant peut être considéré comme un adulte uniquement sur la base de son apparence physique »¹⁰².

Dans son rapport à l'égard de l'Allemagne, le Comité a exprimé des préoccupations concernant le placement des enfants dans des centres destinés aux demandeurs d'asile adultes pour une durée pouvant aller au-delà de 18 mois. Il n'a pas évoqué les tests osseux, mais noté sa préoccupation quant « aux pratiques humiliantes et dégradantes » dans l'évaluation de l'âge, sans les préciser¹⁰³.

Enfin, dans son rapport à l'égard de l'Espagne, le Comité a exprimé sa préoccupation concernant l'utilisation de méthode d'évaluation de l'âge « intrusive » y compris dans les cas dans lesquels la personne concernée dispose de documents d'identité qui ont été considérés comme étant authentiques¹⁰⁴.

Dans les pays latino-américains de transit vers les Etats-Unis, les préoccupations du Comité portent principalement sur la question du placement des enfants. Toutefois, ses préoccupations sont plus larges. Elles portent pour certains pays sur l'accueil dans des pays tiers ou sur un placement pour une durée indéterminée. Si la question de la détermination de l'âge n'est pas abordée par le Comité dans ces Etats, il semble que cela résulte du fait que cette préoccupation apparaît secondaire au regard de celles portant sur l'absence de données ou l'absence de politique relative à l'asile des enfants migrants.

¹⁰² Comité des droits de l'enfant *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, 12 juillet 2016, CRC /C/GBR/CO/5, §76.

¹⁰³ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Allemagne, soumis en un seul document*, 25 février 2014, CRC /C/DEU/CO/3-4, §68.

¹⁰⁴ Comité des droits de l'enfant, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain* [rapport disponible uniquement en langue anglaise], 5 mars 2018, CRC /C/ESP/CO/5-6, §44.

En effet, dans son rapport à l'égard du Mexique, le Comité a indiqué être préoccupé par le fait que les mineurs non accompagnés ne sont pas assistés de conseil et par la durée excessive de la détention des enfants demandeurs d'asile, ainsi que par l'absence de données sur le nombre de demandes d'asile déposées par les enfants¹⁰⁵.

Lizbeth M. Chavez, Tammy V. Chavez, Adam G. Todd, Eleanor Brown et Camilo Pirez-Bustillo ont souligné que les migrants non accompagnés sont non seulement placés durant une durée excessive dans des conditions qui s'assimilent à la détention¹⁰⁶, mais que selon des études sur lesquelles ils s'appuient, deux tiers d'entre eux n'ont pas été informés de leurs droits, la plupart n'ont pas fait l'objet d'évaluation, aucun n'a accès à un conseil durant la procédure d'asile, des agents gouvernementaux indiquent aux mineurs qu'un retour dans leur pays d'origine est la meilleure décision dans leur intérêt¹⁰⁷.

Au Honduras, le Comité a salué les mesures prises pour recueillir les données relatives aux enfants migrants, et a noté plusieurs préoccupations, dont une porte sur le placement en rétention des mineurs non accompagnés dans des pays tiers et « pour une durée indéterminée »¹⁰⁸.

Au Costa Rica, le Comité a émis plusieurs recommandations parmi lesquelles « de mettre en place des cadres globaux d'orientation et de gestion des dossiers pour les services destinés aux enfants, (...), de fournir une aide juridictionnelle aux enfants non accompagnés ou séparés et de veiller à ce que

¹⁰⁵ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques du Mexique présentés en un seul document*, 3 juillet 2015, CRC /C/MEX/CO/4-5, §57.

¹⁰⁶ L.M. CHAVEZ, T.V. CHAVEZ, A.G. TODD, E. BROWN et C. PIREZ-BUSTILLO, « The Need to Open Doors and Hearts: The Detention of Unaccompanied Minors Seeking Asylum in the United States and Mexico », in *University of Dayton Law Review* 42, n°3, hiver 2017, pp. 359-409, p. 403.

¹⁰⁷ *Idem*, pp. 402 à 406.

¹⁰⁸ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le rapport du Honduras valant quatrième et cinquième rapports périodiques*, 3 juillet 2015, CRC/C/HND/CO/4-5, §75.

les conditions d'accueil dans les centres d'orientation, y compris dans les centres d'accueil temporaire des migrants, soient adaptées »¹⁰⁹.

Le Comité a émis à l'égard du Guatemala des préoccupations plus larges que pour ces autres Etats, puisqu'il a recommandé à l'Etat partie « d'adopter un cadre juridique pour l'asile » des enfants et de « veiller à ce que les réfugiés soient identifiés et inscrits sur les registres civils »¹¹⁰.

Les difficultés relatives à la détermination de l'âge et à la rétention en France

Dans son dernier rapport de 2016, le Comité a souligné ses principales préoccupations concernant la prise en charge des mineurs non accompagnés. Il a, tout d'abord, de manière générale indiqué que la France « ne prend pas suffisamment en considération l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe directeur »¹¹¹. Il a ensuite mis en avant deux préoccupations spécifiques.

Sa première préoccupation a porté sur le nombre d'enfants placés en rétention administrative, en particulier à Mayotte ou dans des zones d'attente des aéroports et à l'hôtel « parfois avec des adultes »¹¹². Ainsi que le Comité l'a lui-même relevé, cette première préoccupation relève d'un manque de moyens alloués à la prise en charge des mineurs non accompagnés. Il a donc recommandé « d'allouer suffisamment de ressources humaines, techniques et financières, sur l'ensemble des territoires sous sa juridiction, à l'appui spécialisé adapté aux enfants, à la protection, à la représentation juridique, à l'assistance

¹⁰⁹ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le rapport du Costa Rica valant cinquième et sixième rapports périodiques*, 4 mars 2020, CRC/C/CRI/CO/5-6, §43.

¹¹⁰ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant le rapport du Guatemala valant cinquième et sixième rapports périodiques*, 28 février 2018, CRC/C/GTM/CO/5-6, §40.

¹¹¹ Comité des droits de l'enfant, *Observations finales du Comité des droits de l'enfant : France*, 23 février 2016, CRC/C/FRA/CO/5, §73.

¹¹² *Ibid.*

sociale et à la formation académique et professionnelle des enfants migrants non accompagnés »¹¹³.

Le Comité a évoqué de nouveau cette première préoccupation dans la liste des points à traiter soumis en 2020. Il a, en effet, demandé des informations concernant les mesures prises pour éviter le placement des enfants dans les centres de rétention ou les privant de liberté¹¹⁴. Le Contrôleur Général des Lieux de Privation des Libertés a souligné, dans son rapport, les difficultés nouvelles soulevées par les mineurs non accompagnés délinquants qui peuvent représenter jusqu'à 50% des enfants détenus dans un établissement et pour lesquels les autorités semblent être démunis pour apporter à leur situation des réponses en matière éducative et pénale¹¹⁵.

Sa seconde préoccupation porte sur « la dépendance excessive vis-à-vis des tests osseux pour déterminer l'âge des enfants et les cas dans lesquels le consentement de l'enfant n'a, dans la pratique, pas été demandé »¹¹⁶. Selon le Professeur Jorge Cardona Llorens, le Comité n'exclut pas le recours aux examens osseux, mais « demande à ce que l'évaluation soit holistique, qu'elle prenne en compte la documentation (passeport, dossier académique...), l'entretien, une expertise psychologique, et que l'étude médicale entre dans ce cadre holistique. Il faut néanmoins avoir recours avant elle à d'autres preuves moins intrusives dans l'intimité »¹¹⁷. Il conviendra de rappeler, qu'en outre, le Conseil constitutionnel a jugé, dans une décision du 21 mars 2019, que le recours aux examens radiologiques osseux prévu par l'article 388 du code civil¹¹⁸ est conforme à la Constitution sous réserve du respect de quatre conditions prévues par la loi. En premier lieu, seule l'autorité judiciaire peut décider de son recours. En second lieu, l'examen ne peut être réalisé que si la

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Comité des droits de l'enfant, *List of issues prior to submission of the sixth periodic report of France*, 6 novembre 2020, CRC/C/FRA/QPR/6, §32.

¹¹⁵ Comité des droits de l'enfant, *Rapport thématique du Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, 21 juillet 2020.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Entretien avec M. le Professeur Jorge Cardona Llorens, *op. cit.*

¹¹⁸ Code civil, article 388, modifié par l'article 43 de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016.

personne en cause n'a pas de documents d'identité valables et si l'âge qu'elle allègue n'est pas vraisemblable. A cet égard, le Conseil constitutionnel a précisé que la notion de « documents d'identité » fait référence aux documents dont l'authenticité est établie au regard des règles prévues à l'article 47 du code civil ; l'article précité faisant référence aux « actes de l'état civil »¹¹⁹, cette notion recouvre donc celle de documents d'état civil. En troisième lieu, l'examen ne peut intervenir qu'après que le consentement éclairé de l'intéressé a été recueilli. En quatrième lieu, il doit être tenu compte de l'existence de la marge d'erreur entourant les conclusions des examens radiologiques¹²⁰.

Conclusion

Si la législation et la jurisprudence françaises ont évolué sur les questions de la responsabilité pénale des mineurs, de l'autorité parentale et des mineurs non accompagnés, il existe des interrogations quant à la conformité des nouvelles dispositions avec la CIDE qui susciteront sans doute des débats lors de l'audition des représentants français en mai 2022.

Alors qu'un seuil d'âge en-dessous duquel les mineurs sont pénalement irresponsables existe dans tous les autres pays européens et que plusieurs Etats d'Amérique latine (Chili, Colombie et Mexique) en ont introduit un à l'occasion de réformes récentes, le législateur français a fait un choix dont il ne semble pas exister d'élément de comparaison sur le plan international. Quelle sera ainsi la position du Comité quant à la présomption réfragable d'irresponsabilité pénale ?

Par ailleurs, d'autres Etats, à l'instar de l'Argentine et de la Colombie ont introduit, comme l'a demandé le Comité, la notion de responsabilité parentale. Le droit français continue de se référer à la notion d'autorité parentale, mais celle-ci a évolué : elle se fonde depuis 2002 sur celle de l'intérêt

¹¹⁹ Code civil, article 47, modifié par l'article 7 de la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006.

¹²⁰ Cons. Const., décision n°2018-768 QPC du 21 mars 2019, §8 à 11 et §19.

de l'enfant, et des réformes législatives ont récemment élargi les possibilités de procéder à son retrait en cas de condamnation pénale portant sur les enfants, rejoignant ainsi l'une des recommandations du Comité. Les réformes entreprises en France répondent-elles aux exigences du Comité ? Quelle position adopter entre celle de la France issue de la notion de droit romain de puissance paternelle et celle de la Suède, aujourd'hui l'objet également de critiques pour recourir trop fréquemment au retrait de la « garde » parentale et aux mesures de placement ?

Comme les autres pays européens (Allemagne, Royaume-Uni, Espagne), mais aussi les Etats de transit vers les Etats-Unis, la France est confrontée à l'épineuse problématique de la détermination de l'âge des mineurs non accompagnés. Si le Comité n'exclut pas, comme l'a souligné le Professeur Jorge Cardona Llorens, le recours aux examens osseux dans le cadre d'une approche dite « holistique » (ou pluri-disciplinaire), les conditions prévues par le code civil seront-elles de nature à satisfaire les exigences du Comité en matière d'examen osseux pour évaluer l'âge des mineurs non accompagnés ?

La Professeure Christine Lazerges a souligné que si « [l]a CIDE conforte le modèle protectionniste qui avait émergé dans plusieurs Etats comme la France dès le lendemain de la seconde guerre mondiale, elle conforte aussi le modèle de justice ou garantiste », mais ne fait obstacle ni à « la survie du modèle patriarcal », ni à « une mutation néo-libérale autoritaire »¹²¹. Alors que les dernières réformes réalisées en France, après la publication de son ouvrage, du droit pénal des mineurs et du droit de la famille ont poursuivi la mise en conformité avec la Convention, il serait intéressant de prolonger la réflexion sur la philosophie dans laquelle ces réformes s'inscrivent.

¹²¹ C. LAZERGES, « Typologie des modèles : la mosaïque du droit », in G. GUIDICELLI-DELAGÉ et C. LAZERGES (dir.), *Op. Cit.*, pp. 64-88, p. 67 et p. 80.