

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines

Fierens, Jacques

Published in:

Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition

Publication date:

2014

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2014, L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines. dans *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales féminines*. SPF Justice, Bruxelles, pp. 18-28.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT ET LES MUTILATIONS GÉNITALES FÉMININES

Jacques Fierens

Avocat honoraire, Professeur à l'Université de Namur et à l'Université de Liège

Aucun des législateurs ne semble encore s'être avisé qu'il y avait deux armes à la portée des législations, la persuasion et la force.

Platon, Les lois, 722b.

On se propose, dans cette contribution, de tracer quelques liens entre le principe de sauvegarde de l'intérêt de l'enfant et les réponses juridiques ou judiciaires que pourraient susciter les mutilations génitales féminines, avant de se demander si le droit est le meilleur moyen de les prévenir ou de les punir.

La conformité à l'intérêt (supérieur) de l'enfant comme principe général de droit

L'obligation explicite de prendre en compte « l'intérêt de l'enfant » parcourt les normes éventuellement applicables en Belgique à une situation dans laquelle des mutilations génitales risquent d'être infligées ou l'ont déjà été.

En ce qui concerne le droit interne, on verra qu'il est visé par l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution, par les dispositions relatives à l'établissement de la filiation, à l'attribution et à l'exercice de l'autorité parentale, au choix du tuteur, aux conditions de l'adoption ou encore aux différents décrets relatif à

la protection de la jeunesse, dans les trois Communautés.

La norme-phare en la matière se trouve toutefois dans une disposition de droit international, le paragraphe 1^{er} de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ainsi libellé :

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

La prise en compte de l'intérêt de l'enfant – qualifié par la Convention de « supérieur », comme on le voit – devrait être considérée comme un principe général de droit, tant en droit international qu'en droit interne. « Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Cassation que l'on pourrait définir les principes généraux du droit en droit interne comme des normes juridiques fondamentales et générales, non écrites mais virtuellement contenues dans l'ordre juridique et susceptibles d'être énoncées, consacrées ou organisées par la loi en des applications particulières. Ils constituent une source de droit autonome, mais supplétive de la loi. » L'existence de ces principes généraux du droit a été reconnue par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'État. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs déclaré plusieurs dispositions du Code civil inconstitu-

tionnelles en constatant la non-conformité d'une norme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Reconnaître la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant comme principe général du droit permettrait entre autres d'obliger le législateur, le juge et l'administration à *toujours* prendre cet intérêt en compte de manière « primordiale », même lorsque un texte ne le prévoit pas explicitement.

À cet égard, l'invocation de l'article 3, paragraphe 1er, de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne suffit pas. En effet, malgré les résistances évidentes de certaines juridictions de fond, la Cour de Cassation et le Conseil d'état ont constamment refusé de reconnaître un effet direct à cette disposition, sous prétexte qu'elle ne serait pas suffisamment précise, ce qui revient à dire qu'elle ne peut être invoquée devant eux. Ces hautes juridictions n'ont pas encore statué sur l'effet direct éventuel de l'article 19 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (qui vise la protection contre toutes les sortes de violence), ou de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ou encore de l'article 16 de la Charte sociale révisée du Conseil de l'Europe (ces traités consacrent la protection de la famille et des enfants), mais on peut gager que dans l'état actuel de leur jurisprudence, ces normes ne seraient pas considérées comme directement applicables.

Par contre, La Cour constitutionnelle prend en compte indirectement les dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, à travers les articles 10 et 11 de la Constitution : « Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique. » Il est donc pertinent d'invoquer, au besoin, la sauvegarde de l'intérêt supérieur

de l'enfant devant la Cour constitutionnelle, à condition d'invoquer à son sujet une discrimination entre enfants.

Devant les juridictions du fond, la reconnaissance de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant au titre d'un principe général de droit permettrait aussi d'invoquer l'article 159 de la Constitution pour demander le cas échéant aux cours et tribunaux de ne pas appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qui ne seraient pas conformes à cet intérêt, les principes généraux devant être considérés comme des « lois ».

Si la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant constitue un principe général de droit international, il conviendrait de reconnaître sa primauté même sur une loi, en application de la fameuse jurisprudence *Le Ski*.

Les Observations générales n° 13 et 14 du Comité des droits de l'enfant

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant étant un traité au sens de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, elle lie les parties et doit être exécutée par elles de bonne foi. Dans l'ordre juridique international, la Belgique s'est engagée à respecter, protéger et réaliser les droits de l'enfant tels que consacrés par la Convention. La question des effets juridiques en droit interne, dont l'éventuel effet direct de certaines normes, ne se pose pas.

Cette trilogie exprimant les obligations des Etats en matière de droits fondamentaux, « respecter, protéger, réaliser », est devenue classique. Elle a été formulée explicitement par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, à propos du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dans son Observation générale n° 12 sur le droit à une nourriture suffisante, du 12 mai 1999 : « Comme tous les autres droits de l'homme, le droit à une nourriture suffisante impose aux États parties trois sortes ou niveaux d'obligation : les obliga-

tions de respecter et de protéger ce droit et de lui donner effet ».

En transposant, on peut affirmer que l'obligation qu'ont les États de *respecter* la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou la Charte sociale révisée, qui sont autant de traités interdisant les mutilations génitales, leur impose de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de l'effectivité des droits reconnus. Surtout, leur obligation de protéger ces droits les contraint à veiller à ce que des particuliers, dont les parents, ne privent pas les enfants ou les femmes de la protection de ces traités. L'obligation qu'a l'État de donner effet à ces droits signifie qu'il doit prendre les moyens nécessaires pour que les conditions de la protection soient réunies : campagnes de sensibilisations, mise en place des institutions nécessaires, etc.

Tous les droits énoncés dans la Convention internationale relative aux droits de l'enfant incluent au moins implicitement la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le 18 avril 2011, le Comité des droits de l'enfant créé par l'article 43 de la Convention a publié une Observation générale n° 13 sur le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence. L'autorité d'une telle « Observation » reste discutée, mais il faut à tout le moins lui reconnaître un pouvoir interprétatif du traité, puisque le Comité est chargé « d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention. » Cette Observation concerne spécialement l'article 19 de la Convention, ainsi libellé :

1. Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme 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, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants

légaux ou de toute autre personne à qui il est confié.

2. Ces mesures de protection doivent comprendre, selon qu'il conviendra, des procédures efficaces pour l'établissement de programmes sociaux visant à fournir l'appui nécessaire à l'enfant et à ceux à qui il est confié, ainsi que pour d'autres formes de prévention, et aux fins d'identification, de rapport, de renvoi, d'enquête, de traitement et de suivi pour les cas de mauvais traitements de l'enfant décrits ci-dessus, et comprendre également, selon qu'il conviendra, des procédures d'intervention judiciaire.

Le paragraphe 29 de l'Observation générale n° 13 vise explicitement, en tant que pratiques préjudiciables à l'enfant, entre autres « les mutilations génitales féminines, les amputations, le bandage, la scarification, les brûlures et le marquage, les rites initiatiques violents et dégradants, le gavage des filles, l'engraissement, la vérification de la virginité (inspection des parties génitales des filles) ».

Les États parties doivent prévenir la violence et protéger les enfants victimes ou témoins contre les violations des droits fondamentaux. Ils doivent enquêter et punir les responsables et doivent donner accès à des moyens de réparation en cas de violation de ces droits de l'homme.

Les mesures « appropriées » visées par le paragraphe 1^{er} de l'article 19 de la Convention font référence au large éventail de mesures, couvrant tous les secteurs de l'action publique, qui doivent être utilisées et appliquées dans les faits pour prévenir et réprimer toutes les formes de violence. Il ne saurait être interprété comme l'acceptation de certaines formes de violence. Il est nécessaire de disposer d'un système intégré, cohérent, interdisciplinaire et coordonné comprenant toute la gamme des mesures définies au paragraphe 1 de l'article 19, couvrant l'ensemble des interventions énoncées au paragraphe 2. Les programmes et activités isolés qui ne sont pas intégrés dans des politiques et des infrastructures

gouvernementales coordonnées et durables n'ont que des effets limités.

La participation des enfants à l'élaboration, au suivi et à l'évaluation des mesures évoquées ici est, selon le Comité, essentielle.

Les États parties ont aussi l'obligation de soutenir et d'aider activement les parents et les autres personnes responsables de l'enfant à assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement optimal de l'enfant (art. 18 et 27 de la Convention). Les États parties doivent en outre veiller à ce que toutes les personnes qui, dans le cadre de leur travail, ont la responsabilité de prévenir et de combattre la violence et d'intervenir en cas de violence ou qui travaillent dans le système de justice prennent en considération les besoins des enfants et respectent leurs droits.

Le 29 mai 2013, le Comité des droits de l'enfant a publié une Observation générale n° 14, spécifiquement sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale. Le Comité rappelle que l'appréciation de l'intérêt supérieur d'un enfant par un adulte ne peut primer l'obligation de respecter tous les droits de l'enfant reconnus par la Convention. La pleine application du concept d'intérêt supérieur de l'enfant passe par l'élaboration d'une approche fondée sur les droits de l'homme, impliquant tous les acteurs, afin de garantir dans sa globalité l'intégrité physique, psychologique, morale et spirituelle de l'enfant et de promouvoir sa dignité humaine.

L'intérêt supérieur de l'enfant est un concept triple :

a. C'est un droit de fond : Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale lorsque différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions concernant un enfant, un groupe d'enfants défini ou non ou les enfants en général. Le paragraphe 1 de

l'article 3 crée une obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal ;

b. Un principe juridique interprétatif fondamental : Si une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant. Les droits consacrés dans la Convention et dans les Protocoles facultatifs s'y rapportant constituent le cadre d'interprétation ;

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

Les mesures appropriées en Belgique

Il serait inexact de dire que la Belgique n'a pas pris les mesures appropriées, au sens de l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, destinées à prévenir les mutilations sexuelles, à protéger les enfants qui en sont victimes, ou encore à punir les responsables.

Outre l'invocation possible, devant les tribunaux internes, des normes internationales directement applicables, comme l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui prohibent les traitements cruels, inhumains ou dégradants, les normes internes civiles, protectionnelles et pénales qui peuvent concerner les victimes ou les auteurs des mutilations génitales sont nombreuses et forment un système cohérent, même s'il est évidemment perfectible. Elles ne concernent toutefois qu'indirectement ces pratiques et ceux qui les provoquent ou les subissent, sauf l'article 409 du Code pénal qui vise explicitement les auteurs des mutilations.

A. Les dispositions civiles

En droit civil, l'article 203 du Code civil fait obligation aux parents d'assurer la santé de leurs enfants. L'article 371 du Code civil porte que l'enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect.

La violation de ces dispositions pourrait avoir des effets dans tous les cas où la loi exige explicitement la conformité à l'intérêt de l'enfant, comme en cas de litige relatif à l'autorisation de reconnaissance d'un enfant ou en cas de recherche de maternité ou de paternité (art. 329bis et 332quinquies du Code civil), en matière d'exercice de l'autorité parentale, d'hébergement et de droit aux relations personnelles éventuellement dans le cadre d'une séparation ou

d'un divorce (art. 373, 374, 387bis et 387ter du Code civil ; art. 1253bis et ss. du Code judiciaire pour les demandes relatives aux droits et devoirs qui naissent des relations familiales ; art. 1253ter/5 du Code judiciaire pour les mesures provisoires ; en cas d'appel : art. 1231.56 du Code judiciaire) ou de choix du tuteur (art. 392 du CC).

B. Les dispositions protectionnelles

Du côté protectionnel, dans les trois Communautés et dans la Région de Bruxelles-Capitale, des dispositions décrétales ou une ordonnance ont été prises, qui pourraient s'appliquer à une enfant ou une jeune fille victime de mutilations sexuelles, à ses parents ou à ses proches.

Le Titre préliminaire du décret du Conseil de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la Jeunesse énonce que les jeunes et les familles ont droit à l'aide spécialisée et au respect de leurs droits et libertés au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la Constitution et dans la Convention internationale des droits de l'enfant, en ce compris, le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ceux-ci, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que le droit à la participation.

L'article 38 prévoit que le tribunal de la jeunesse connaît des mesures à prendre à l'égard d'un enfant, de sa famille ou de ses familiers lorsque l'intégrité physique ou psychique d'un enfant est actuellement et gravement compromise et lorsqu'une des personnes investies de l'autorité parentale ou ayant la garde de l'enfant en droit ou en fait refuse l'aide du conseiller ou néglige de la mettre en œuvre. L'intégrité physique est considérée comme gravement compromise lorsque l'enfant est victime de négligences graves, de mauvais traitements, d'abus d'autorité ou d'abus sexuels la menaçant directement et réellement. Le tribunal de la

jeunesse peut, après avoir constaté la nécessité du recours à la contrainte :

1. soumettre l'enfant, sa famille et ses familiers ou l'un deux à des directives ou à un accompagnement d'ordre éducatif;
2. décider, dans des situations exceptionnelles, que l'enfant sera hébergé temporairement hors de son milieu familial de vie en vue de son traitement, de son éducation, de son instruction ou de sa formation professionnelle;
3. permettre à l'enfant, s'il a plus de seize ans, de se fixer dans une résidence autonome ou supervisée et de prendre inscription au registre de la population du lieu de cette résidence.

Le décret du Conseil de la Communauté française du 12 mai 2004 relatif à l'aide aux enfants victimes de maltraitance prévoit en son article 3, §§ 2 et 3, que tout intervenant confronté à une situation de maltraitance ou à risques peut interpellier l'une des instances ou services spécifiques suivants aux fins de se faire accompagner, orienter ou relayer dans la prise en charge : le centre psycho-médico-social, le service de promotion de la santé à l'école, l'équipe « SOS Enfants », le conseiller ou tout autre intervenant compétent spécialisé. Le Délégué général aux droits de l'enfant peut interpellier les instances ou services spécifiques en vue de l'accomplissement de sa mission.

Le décret flamand du 12 juillet 2013 relatif à l'aide intégrale à la jeunesse prévoit en son article 6 la possibilité de mesures contraintes dans l'intérêt de la mineure. Aux termes de l'article 48, § 1^{er}, le tribunal de la jeunesse et le juge de la jeunesse peuvent fournir une directive pédagogique aux parents de celle-ci, mettre la mineure sous surveillance du service social pendant maximum une année, ordonner un accompagnement pendant maximum une année, faire vivre de manière autonome, pendant maximum un an, la mineure qui a atteint l'âge de dix-sept ans et dispose de revenus

suffisants, confier la mineure à un candidat accueillant ou à un accueillant pendant maximum trois ans, à titre exceptionnel et pour maximum un an, confier la mineure à un établissement ouvert approprié.

Le décret du Conseil de la Communauté germanophone du 19 mai 2008 relatif à l'aide à la jeunesse et visant la mise en œuvre de mesures de protection de la jeunesse porte en son article 16, § 3, que si les intérêts d'une jeune sont menacés de manière imminente, le juge de la jeunesse peut, sur requête directe du procureur du Roi, imposer à titre provisoire et pour 30 jours au plus une mesure mentionnée à l'article 17. Parmi les nombreuses mesures visées, mentionnons notamment la possibilité d'imposer aux personnes chargées de l'éducation de participer à un entraînement parental (*Erziehungstraining*), lorsque c'est nécessaire dans l'intérêt de la jeune ; d'imposer, pour une durée maximale de deux ans, à la jeune et aux personnes chargées de son éducation, un accompagnement familial par une organisation ; de placer la jeune sous la surveillance du service de l'aide judiciaire à la jeunesse ; de permettre à celle qui a 16 ans accomplis d'avoir, sous surveillance régulière, un logement indépendant ; d'ordonner un accueil familial ; de confier la jeune à seulement une des personnes chargées de son éducation, pour une durée maximale de deux ans.

A Bruxelles, l'article 8 de l'Ordonnance du 29 avril 2004 de l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune relative à l'aide à la jeunesse prévoit qu'après avoir constaté que la santé ou la sécurité d'une jeune est actuellement et gravement compromise et que l'aide volontaire, qui a dû être préalablement envisagée soit sur base du décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse, soit sur base des décrets de la Communauté flamande relatifs à l'assistance spéciale à la jeunesse coordonnés le 4 avril 1990, a été refusée ou a échoué, le tribunal de la jeunesse peut prendre à l'égard de cette jeune, de sa famille ou de

ses familiers, une mesure prévue à l'article 10. La santé ou la sécurité d'une jeune est considérée comme actuellement et gravement compromise lorsque son intégrité physique ou psychique est menacée, notamment quand elle est victime de négligences graves, de mauvais traitements, d'abus d'autorité ou d'abus sexuels le menaçant directement et réellement. Les mesures visées sont notamment la directive pédagogique donnée aux personnes investies de l'autorité parentale à l'égard du mineur ou qui en assument la garde ; la guidance familiale, psychosociale, éducative et/ou thérapeutique pour la jeune, sa famille et/ou ses familiers ; la permission donnée au jeune, s'il a plus de 16 ans, de se fixer dans une résidence autonome ou supervisée et de prendre inscription au registre de la population du lieu de cette résidence ; en cas d'urgence, le placement de la jeune dans un centre d'accueil ; le placement dans une famille ou chez une personne digne de confiance ; dans des situations exceptionnelles, l'hébergement temporaire dans un établissement ouvert approprié en vue du traitement de la jeune, de son éducation, de son instruction ou de sa formation professionnelle.

C. Les dispositions quasi-pénales

Du côté des mesures quasi-pénales, le père ou la mère responsable directement ou indirectement de mutilations génitales sur une fille mineure pourrait être déchu de l'autorité parentale. En effet, aux termes de l'article 32 de la loi du 8 avril 1965 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, peut être déchu de l'autorité parentale, en tout ou en partie, à l'égard de tous ses enfants, de l'un ou de plusieurs d'entre eux :

1. *le père ou la mère qui est condamné à une peine criminelle ou correctionnelle du chef de tous faits commis sur la personne ou à l'aide d'un de ses enfants ou descendants ;*

2. *le père ou la mère qui, par mauvais traitements, abus d'autorité, conduite notoire ou négligence grave, met en péril la santé, la sécurité ou la moralité de son enfant.*

La déchéance est prononcée par le tribunal de la jeunesse sur réquisition du ministère public.

La condamnation pénale envisagée sub 1^o pourrait être une condamnation du chef d'infraction à l'article 409 du Code pénal, mais, comme on le voit, une déchéance peut être prononcée uniquement sur la base de la maltraitance.

D. Les dispositions pénales

Le Code pénal réprime en effet explicitement les mutilations génitales :

Art. 409 § 1er. Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, avec ou sans consentement de cette dernière, sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans.

La tentative sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an. Sera puni de la même peine quiconque aura incité à la pratique de toute forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin ou aura, directement ou indirectement, par écrit ou verbalement fait, fait faire, publié, distribué ou diffusé de la publicité en faveur d'une telle pratique.

§ 2. Si la mutilation est pratiquée sur une personne mineure ou dans un but de lucre, la peine sera la réclusion de cinq ans à sept ans.

§ 3. Lorsque la mutilation a causé une maladie paraissant incurable ou une incapacité permanente de travail personnel, la peine sera la réclusion de cinq ans à dix ans.

§ 4. Lorsque la mutilation faite sans intention de donner la mort l'aura pourtant causée, la peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans.

§ 5. Si la mutilation visée au § 1er a été pratiquée sur un mineur ou une personne qui, en raison de son état physique ou mental, n'était pas à même de pourvoir à son entretien, par ses père, mère ou autres ascendants, toute autre personne ayant autorité sur le mineur ou l'incapable ou en ayant la garde, ou toute personne qui cohabite occasionnellement ou habituellement avec la victime, le minimum des peines portées aux §§ 1er à 4 sera doublé s'il s'agit d'un emprisonnement, et augmenté de deux ans s'il s'agit de réclusion.

Cet article a été introduit par la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs et modifié par l'article 2 de la loi du 5 mai 2014. Le principe de la répression n'a pas été discuté. Les débats ont davantage concerné la levée du secret professionnel. L'article 458bis du Code pénal est actuellement le suivant :

Toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets et a de ce fait connaissance d'une infraction prévue aux articles 372 à 377, 377quater, 392 à 394, 396 à 405ter, 409, 423, 425 et 426, qui a été commise sur un mineur ou sur une personne qui est vulnérable en raison de son âge, d'un état de grossesse, de la violence entre partenaires, d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale peut, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis, en informer le procureur du Roi, soit lorsqu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable visée, et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité, soit lorsqu'il y a des indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables visées soient victimes des infractions prévues aux articles précités et qu'elle n'est pas en mesure, seule ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité.

On le voit, l'article 409 du Code pénal, qui réprime les mutilations sexuelles, est visé par cette disposition.

Considérations critiques

Les mutilations génitales sont inacceptables, mais les mesures prises en droit international ou en droit interne pour les prévenir ou les réprimer laissent, c'est le moins que l'on puisse dire, un goût de trop peu.

Le traitement des situations par le droit, au cas par cas, ne peut aboutir le plus souvent qu'à empêcher l'établissement de la filiation paternelle, à des mesures civiles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, au droit aux relations personnelles d'un parent, ou à des mesures protectionnelles apparemment dérisoires et qui ne répareront jamais l'irréparable, ou à la déchéance de l'autorité parentale, ou encore à la condamnation pénale des auteurs qui sont, dans la plupart des cas, les parents des enfants ou des jeunes filles concernées. Quelle que soit la réponse juridique ou judiciaire, le résultat sera le plus souvent la rupture des relations entre celles-ci et leur père, leur mère, des proches, ou l'abandon forcé de leur milieu de vie. L'emprisonnement des auteurs est certes la plus spectaculaire des mesures, mais le risque de culpabilisation des victimes est évident.

Or l'intérêt de l'enfant est en principe de jouir d'une vie familiale et de ne pas être séparé d'un parent ou de ses proches ; la séparation est toujours un échec, ou à tout le moins un douteux palliatif.

Plus spécialement à propos de la répression pénale, selon *Le Soir* du 28 octobre 1996, Madame Sabine Demet, chercheuse à l'époque au sein du service du professeur Kellens qui influencera l'introduction de l'article 409 du Code pénal, estimait qu'il existait une série de freins à la pénalisation des mutilations génitales. De quelle manière les législateurs qui promulguent une telle loi peuvent-ils être entendus par les ethnies qui pratiquent les mutilations sexuelles ? Elle évoquait l'exemple de Djibouti où la promulgation d'une loi interdisant l'infibulation avait surtout eu pour effet de renforcer cette pratique ancestrale. Certains pays

européens comme la Suède, la Suisse, l'Angleterre et la Bulgarie, avaient déjà adopté des lois spécifiques, mais aucune application de la loi n'avait été enregistrée. Tel est le cas chez nous, 15 ans après l'insertion de l'article 409 dans le Code pénal.

On touche ici aux limites d'efficacité du droit, surtout du droit pénal. Ce n'est pas de lois plus ou moins répressives que viendra la solution.

On ne peut jamais oublier que les pratiques de mutilations génitales ne sont pas des violences comme les autres. Elles sont d'essence culturelle, c'est-à-dire qu'elles sont ancrées dans un système de représentation du monde, des personnes et de leurs relations, de la féminité, de la masculinité, forgé par des siècles de langage commun. Les mutilations sexuelles touchent aussi, autant sinon davantage à l'inconscient qu'au conscient, précisément parce qu'elles concernent le sexe, c'est-à-dire ce qui constitue de manière fondamentale chacune et chacun d'entre nous. Elles sont liées à la peur du sexe des femmes, à l'angoisse de castration des hommes, aux pulsions de domination et d'appropriation de l'autre.

Ce n'est pas une manière de les justifier, mais c'est une raison de mieux choisir les voies du changement et d'entretenir l'espoir de mettre fin aux souffrances des enfants, des jeunes filles et des femmes.

La culture est langage. La conscience est langage, l'inconscient est langage. Seul le langage pourra répondre au langage et le transformer. Les mesures non coercitives et la parole échangée avec les proches, de même que le dialogue interculturel doivent être privilégiés. C'est un long chemin, qui n'empêchera pas, pendant longtemps encore, la peur, les cris, les larmes et le sang des enfants et des jeunes filles. Mais peut-être ce chemin-là n'est-il pas une impasse. En attendant, le droit fera ce qu'il peut, c'est-à-dire pas grand-chose.

Questions-réponses

Fabienne Richard : C'est dommage que ma présidente Kadia Diallo ne soit pas là car elle a une théorie intéressante sur l'intérêt de l'enfant. Elle met toujours en balance l'intérêt de l'enfant et l'intérêt du groupe des enfants à risque de MGF. Dans notre expérience, même si nous pensons que la prison n'est pas forcément adéquate et qu'il faut penser à des peines alternatives, nous pensons que simplement dire aux parents qu'avoir pratiqué une excision est illégal n'est pas suffisant. Il y a alors un risque pour l'intérêt du groupe des enfants à risque et il y a un risque que cela ait l'effet d'une trainée de poudre dans la communauté, que cela laisse entendre que l'excision n'entraîne pas de sanction. Donc j'aurais voulu avoir cette discussion, peut-on imaginer qu'il peut y avoir une pédagogie de la sanction qui pourrait avoir un effet positif sur le groupe d'enfants à risque de MGF?

Jacques Fierens : Je répète que je n'ai pas proposé d'abroger l'article 409 du Code Pénal, simplement je suis infiniment plus sceptique que vous sur les bienfaits de la répression pénale. Quand on voit que cette répression provoque la délinquance, qu'elle n'arrive pas à faire diminuer certaines infractions qui sont beaucoup moins enracinées dans la culture que les MGF, je n'ai absolument aucune confiance dans l'exemplarité de la peine, ni dans les effets qu'elle pourrait avoir soit sur les victimes, soit sur les auteurs.

Fabienne Richard : Une étude qualitative en Hollande a interrogé les femmes et a pourtant démontré que l'existence de la loi dissuadait l'excision et avait un effet préventif. On nous l'a aussi déjà dit en Belgique.

Jacques Fierens : Mais alors comment expliquez-vous que les chiffres ne diminuent pas ?

Fabienne Richard : Les chiffres augmentent du fait de l'augmentation de la migration, il ne s'agit pas d'excisions faites en Belgique.

Patricia Jaspis : Il ne faut pas négliger le rôle symbolique de la loi, non pour éradiquer les mauvais comportements, ce qui est une illusion, mais pour rappeler les limites, pour mettre en mots et en règles les comportements qu'une société réproouve. Il y a d'autres règles de vie sociale qui ne font pas partie du droit pénal comme la politesse. Ici, la question s'est aussi posée de savoir si l'adoption de cette loi n'aurait pas un effet contre-productif, voire pervers, d'accroître les comportements clandestins. On a fait cependant prévaloir la nécessité, le caractère impérieux de dire la norme et d'y assortir des sanctions. Je suis tout à fait d'accord sur le fait d'avoir des doutes énormes comme j'en ai sur tous les aspects du droit pénal et je n'ai aucune illusion quant à l'efficacité réelle de la punition, mais je suis persuadée que la reconnaissance de l'interdit et sa diffusion ont un effet a priori, pédagogique, formateur et de protection.

Question : Dans la mesure où certaines mères refuseront l'excision de leur enfant, l'article 409 ne peut-il pas être utilisé par ces mères comme arme contre leur famille/leur époux ? Par contre, si la mère est convaincue de la nécessité de l'excision pour l'honneur de sa fille ou de sa famille, la famille fera sûrement l'excision de manière clandestine. J'ai une question pratique : comment fait-on en pratique si le droit connaît les problèmes que Monsieur Fierens a évoqués pour s'assurer que les professionnels puissent agir et pour assurer un dialogue interculturel ? Qui agit en pratique ? Avec qui peut-on discuter ?

Fabienne Richard : Le GAMS fait le travail interculturel en binôme avec Intact qui s'occupe de la partie juridique et le GAMS s'occupe de la partie socio-culturelle et médicale. Le GAMS travaille avec beaucoup d'animateurs communautaires qui ont une capacité de médiation culturelle et linguistique. On est très occupés à organiser des formations pour tous les professionnels (ONE, PSE, etc.) et on essaie de le faire de manière systématique. Sur le dialogue interculturel, nous faisons beaucoup de choses au GAMS mais nous savons que nous ne touchons qu'une certaine catégorie

de gens et que d'autres personnes restent attachées à la pratique. Je soutiens votre propos sur le fait que certaines femmes utilisent la loi pour protéger leur enfant, notamment en cas de retour au pays.

Jacques Fierens : C'est une théorie assez classique de dire que le droit pénal c'est ce sur quoi une société s'est mise d'accord de faire et de ne pas faire. Une autre théorie dit que le tribunal pénal est le lieu où la norme est sans cesse remise en question avant tout par l'auteur de l'acte. Dans cette matière, je crains que cela se passe et qu'un jugement sur la base de l'article 409 du Code Pénal condamne quelqu'un qui récuse fondamentalement la norme qui lui est appliquée.

André Donnet : Je souhaite réagir aux propos de Jacques Fierens et de Patricia Jaspis. Au sujet du relativisme culturel, je pense que ce débat ne doit pas avoir lieu car en réalité c'est de la torture pure et simple qui est infligée à des enfants et finalement, ce relativisme culturel c'est un vernis que l'on applique sur des dominations qui ne sont pas admissibles sur la personne d'autrui. Par rapport à ce qui est dit sur la sanction, la loi c'est la voix normative d'un groupe d'hommes qui définit des valeurs importantes comme la non-discrimination, le respect du plus faible (l'enfant), et je pense que lorsqu'on heurte des normes fortes, il faut une réponse forte. Je ne suis pas tout à fait d'accord pour dire que la sanction en tant que telle n'a pas de valeur éducative. Je le vois de manière très récurrente lorsque je traite de mes cas. La peur du gendarme dans un parcours de vie peut être un élément éducatif. Je crois que l'on a tort de vouloir repousser à tout prix la sanction hors de l'éducation, mais la sanction doit être juste, adaptée, proportionnée. Sur des valeurs aussi essentielles que l'intégrité physique des enfants dans une société, la société doit pouvoir se donner les moyens de réagir de manière extrêmement ferme. Diluer le propos dans la culture serait une erreur. Je pense que cela peut avoir un rôle éducatif, ne fût-ce qu'au niveau social.

Jacques Fierens : Je suis d'accord avec la deuxième partie de votre intervention. Je ne

suis pas pour l'abrogation de l'article 409. Je pense que la sanction a certains effets favorables. Je dis simplement qu'en termes d'intérêt supérieur de l'enfant, ces effets sont limités. Mais je ne suis pas du tout d'accord avec la première partie de votre intervention. Si vous dites que les MGF n'ont rien à voir avec un problème culturel, vous niez le problème au lieu de le résoudre, contre quoi allez-vous alors vous battre ?