



## MODELE TUTELAIRE OU MODELE LEGALISTE DANS LA JUSTICE PENALE DES MINEURS

Denis Salas

Juge des Enfants au TGI de Nanterre

*Nous remercions la Revue de Science Criminelle d'avoir autorisé la publication de cet article déjà paru dans R.S.C. n° 2 1993.*

*Réflexions inspirées par l'arrêt de la Cour d'appel de Reims du 30 juillet 1992 et les "dispositions applicables aux mineurs" de la loi du 4 janvier 1993.*

Telle qu'elle a été conçue en France depuis l'ordonnance du 2 février 1945, la justice des mineurs se définit par un radical renversement de perspective par rapport au droit commun : tournant le dos à une justice pénale fondée sur l'infraction et la peine, elle repose sur la nécessité de connaître qui est jugé et déplace - on l'a souvent relevé - le centre de gravité du procès pénal de l'acte à la personne. Sa finalité est moins dans le respect des garanties formelles du mineur conçu comme un sujet de droit mais davantage dans la recherche d'une solution éducative individualisée ; il s'agit non d'un système régulé par le droit, à l'image des juridictions anglo-saxonnes encadrées par des règles strictes (**modèle légaliste**), que d'un dispositif articulé autour d'un juge des enfants où dominent les garanties sociales appliquées à un enfant en difficulté (**modèle tuteurale**).<sup>1</sup> En ce sens, on parle davantage en France de justice des mineurs que de "droit" des mineurs compte tenu de la mineur du droit positif et des pouvoirs du juge qui réunit dans ses mains la possibilité de sanctionner et de protéger.

La philosophie du grand texte - l'ordonnance du 2 février 1945 - qui dépénalise largement l'acte incriminé et conçoit le mineur comme sujet à rééduquer, paraît pourtant atteindre ses limites aujourd'hui. La Cour d'appel de Reims a fait application, pour la première fois en France dans cette matière, des dispositions de l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (C.E.S.D.H.) relatif au droit à un tribunal indépendant et impartial en déclarant irrégulière la composition du tribunal pour enfants présidée en France par le juge qui a instruit le dossier du mineur au motif que *"la réunion en une même personne des fonctions d'instruire et de juger est considérée comme incompatible avec la garantie du droit à un juge impartial au sens de la Convention"*. Moins radicale dans ses choix puisqu'elle localise cette incompatibilité entre le juge du fond et le juge de la détention provisoire, la loi du 4 janvier 1993 (JO. 5/1/1993) confie dorénavant à une "chambre des mises en détention provisoire des mineurs" le soin de statuer sur la détention à la place du juge des enfants ; cette incompatibilité entre le juge de la détention et celui du jugement est instaurée *à peine de nullité* (titre X, "dispositions applicables aux mineurs", art. 116 modifiant l'art. 10 de l'ord. de 1945).

<sup>1</sup> Sur la modélisation, on consultera D. Salas, *"Du procès pénal, éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès"*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1992 et pour une étude comparative des modèles de justice des mineurs, A. Garapon *"Choosing between Paternalism and legalism in juvenile justice"*, Onati proceedings, Dispute and litigation, 12, 1991.



Dans le sens de cette logique légaliste, notamment depuis la ratification par la France de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, semble de plus en plus s'imposer, non sans ambiguïtés, la conception d'un enfant sujet de droit dont on veut aussi renforcer la protection. Le *corpus* de textes internationaux (Convention sur les Droits de l'Enfant, Règles *a minima* définies par l'ONU, Recommandation n° 87 du Conseil de l'Europe) pouvant servir de guide à l'élaboration d'un droit européen des mineurs, se rattache en effet tantôt à la conception tutélaire, tantôt à une conception plus libérationniste<sup>2</sup>. Les mêmes hésitations se retrouvent dans l'avant-projet Arpaillage sur le droit pénal des mineurs qui tout à la fois renforce, à l'inverse de la loi du 4 janvier 1993, le modèle tutélaire (attributions accrues du juge des enfants au stade de l'instruction) et introduit en même temps, à toutes les phases de la procédure, de nombreuses dispositions qui vont dans un sens légaliste (audiencement par le parquet, délai raisonnable de jugement, conditions légales pour saisir le tribunal...)

Face à ces oscillations, nous voudrions défendre dans ce bref article l'idée que *les carences du modèle tutélaire sur le plan légal, pour importantes qu'elles soient, ne doivent pas dissimuler les limites d'une greffe totale ou partielle du modèle légaliste* que semblent suggérer la décision de la Cour d'appel de Reims et, à sa suite, la loi du 4 janvier 1993. L'irruption de ce modèle légaliste dans le champ de la justice des mineurs nous impose d'être lucide sur les failles de notre modèle tutélaire (I). Rapprocher la justice des mineurs des principes posés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme n'est concevable qu'à condition de bien mesurer les enjeux de cette recherche de légitimité (II).

## Les failles du modèles tutélaire

Rappelons brièvement les points forts de l'ordonnance du 2 février 1945 : un juge spécialisé présent dans toutes les phases de la procédure selon le principe de la continuité personnelle ; une instruction obligatoirement consacrée à l'examen d'une personnalité ; enfin, une gamme de mesures éducatives se substituant à l'échelle des peines. L'ordonnance verrouille le système pour éviter, ce qui est son souci premier, le recours à l'incarcération : l'option éducative une fois choisie, elle ne peut se cumuler avec l'option pénale et doit se réaliser dans les établissements d'une administration mise pour l'occasion au service des juges, l'Education Surveillée, créée en 1949. Le décor une fois posé, toute une série d'effets en découlent : l'archaïsme de son cadre, les pratiques d'évitement, la crise de légitimité.

### L'inadaptation d'un schéma procédural linéaire

La perspective ouverte se situe à l'opposé de celle des juridictions pénales de droit commun pour lesquelles la fragmentation des pouvoirs, seule susceptible de protéger les libertés, l'emporte sur la continuité de l'intervention permettant de connaître qui est jugé. Elle ne cherche pas à diminuer les pouvoirs pour en préserver un sujet présumé libre mais, au contraire, à les concentrer entre les mains d'un juge pour connaître mais aussi éduquer, former, bref construire le sujet lui-même. Elle capitalise un demi-siècle de pratique judiciaire qu'accompagnera le mouvement législatif issu de la loi de 1912 créant les juridictions pour mineurs et repose sur un principe simple qui guide tout le reste : à l'issue du procès, la priorité doit être accordée à la mesure éducative sur la peine. Dans ce système qui veut mettre face à face la personne du juge et celle du mineur, la relation duelle est

<sup>2</sup> cf. sur ce point le rapport du Conseil d'Etat "*Statut et protection de l'enfant*", doc. française., 1991, et la communication de P. Bouchet au colloque du Barreau des Hauts de Seine "*La parole de l'enfant*", doc. dactyl. mai 1992.



très forte : face à un juge qui le connaît nécessairement, le rencontre périodiquement au cours de son "suivi". le tutoie souvent, le mineur est individualisé, situé dans son histoire personnelle et familiale. Sur ce sujet conçu non comme un sujet de droit mais comme une personne en devenir, la société renonce à exercer les rigueurs de la peine et cherche avant tout la *bonne réponse*. Solidaire d'une défaillance éducative qu'elle assume, elle lui ouvre les portes de foyers, de consultations, de centres d'observation ou de formation où il pourra s'amender, se resocialiser, se soigner...<sup>3</sup>. Pour lui, l'Etat providence délègue une justice spécialisée pour exercer un protectorat ou un "complexe tutélaire" sur la personnalité toute entière de l'enfant selon la formule de J. Donzelot.

Pour parvenir à trouver cette bonne réponse, l'ordonnance de 1945 construit un nouveau modèle de procès dans la plus pure veine de la tradition inquisitoriale française mais au contenu totalement renouvelé sur le registre éducatif et non plus pénal : une infraction est commise ; un juge ouvre une enquête comportant un examen de personnalité (investigations médicales, sociales, psychologiques...) ; puis, ce *même* juge rend une décision prioritairement éducative qui permettra de clore le dossier. A chaque phase de la procédure correspond l'équipement correspondant : à la saisine, le *centre d'accueil* permettant de placer en urgence le mineur ; à l'instruction, le *centre d'observation*, qui devait réaliser en quelques mois l'examen de personnalité ; enfin au jugement, l'*internat professionnel* massif, ségrégatif et ergothérapique qui recrutait sur le plan national et voulait façonner à partir du délinquant un bon travailleur. En somme, à une logique d'élucidation des faits en vue de "la manifestation de la vérité" qui domine l'instruction préparatoire se substitue une logique d'élucidation, voire de reconstruction, d'une personnalité dans l'optique du juge des enfants. Si la finalité et l'acteur changent, la logique inquisitoriale reste l'axe central.

Si la trajectoire linéaire de ce modèle reproduit l'instance judiciaire, le schéma proposé par l'ordonnance de 1945 affirme d'ores et déjà sa différence par rapport à celui du Code de procédure pénale de 1959 soucieux de mieux équilibrer les pouvoirs entre le juge, l'avocat et les justiciables. Nous sommes loin du modèle du débat contradictoire et public. Plusieurs dispositions témoignent d'une volonté de créer un *espace judiciaire confidentiel* : publicité restreinte des débats ; dispense de comparaître à l'audience ; interdictions strictes de faire état des débats dans la presse... Mais c'est surtout la possibilité discrétionnaire offerte au juge d'opter pour la voie de "l'enquête officieuse" (art. 8 al. 2) et d'éviter ainsi le procès pénal classique qui est probablement le plus révélateur de cet état d'esprit. La lecture des textes se suffit à elle-même ; libre de ne pas respecter les règles du code de procédure pénale, le juge n'est pas tenu de suivre les formalités de l'interrogatoire de première comparution ni de laisser le prévenu communiquer librement avec son conseil ou encore de mettre la procédure à la disposition de l'avocat à la veille de chaque interrogatoire. On notera en particulier - jusqu'à la loi du 4 janvier 1993 - le rôle paradoxal de l'avocat dans ce schéma procédural qui tour à tour l'évince et revendique sa nécessité : alors même que l'assistance de l'avocat est considérée non comme un droit mais comme une obligation liée à la minorité (art. 10), il est explicitement retiré les maigres pouvoirs que le C.P.P. lui accorde au cours de l'instruction. Le juge des enfants peut du reste, au stade de l'instruction choisir la voie de l'"enquête officieuse" où il dispose, comme le remarque J. Pradel, d'une liberté équivalente à celle du policier dans le cadre de l'enquête préliminaire puis, au stade du jugement, s'il veut éviter au mineur l'épreuve d'un procès public, le juger séance tenante en cabinet selon la logique inquisitoriale la plus pure.

<sup>3</sup> Cette fonction sinon parentale du moins protectrice et tutélaire que l'Etat Providence exerce par le truchement du juge des enfants ne fait pas de doute dans l'esprit de ceux qui l'ont conçue : "Pourquoi un juge unique ? Parce que la tâche de ce juge comporte l'effort d'une conscience individuelle sur une autre conscience..."



Le rôle d'aiguillage du parquet renforce cette ambiguïté. Placé en amont, il peut faire échec aux objectifs de l'ordonnance puisqu'il a l'initiative des poursuites au nom de critères tirés le plus souvent du type d'infraction et non de la personne de son auteur. C'est selon la nature de l'infraction - et notamment de la complexité de celle-ci - qu'il va choisir la voie "formelle" du Code de procédure pénale ou au contraire la voie "informelle" du juge des enfants. Dans le premier cas, c'est la voie du procès équitable qui s'impose, avec le formalisme rigoureux de l'instruction préparatoire, une défense assistée et un style d'audience ritualisé. Le travail sur la personnalité y est aléatoire et marginal. Dans le deuxième cas, seul le juge des enfants est saisi de bout en bout: l'audience de jugement repose sur la relation entre le prévenu et le juge, où domine l'investigation sociale, psychologique, familiale sur la personne. Là, domine la figure d'un *juge arbitre* rendant ses décisions au terme d'un schéma décisionnel marqué par la division du travail judiciaire, portant sur les seuls actes commis par la personne et clos par un jugement; ici, s'affirme au contraire la figure d'un *juge de l'opportunité*, en état de saisine permanente d'un bout à l'autre de la procédure, et adaptant sa décision à l'évolution constante de la personnalité d'un enfant dont on va, au final, juger la trajectoire plus que la responsabilité proprement dite.

En fait, l'audience de cabinet du juge des enfants s'impose dans l'immense majorité des cas en raison de sa simplicité (inculpation et jugement à la suite), de son faible coût organisationnel (juge unique statuant dans son bureau souvent sans greffier, avocat rare, pour ne pas dire absent) et des caractéristiques de la délinquance juvénile qui reste dans l'immense majorité des cas ponctuelle et à connotation initiatique. A côté d'un système inquisitoire tempéré par les droits de la personne poursuivie, se développe donc un *inquisitoire tutélaire* où le juge agit seul parce qu'on l'estime sans doute sans risque d'atteinte aux libertés en raison de l'apparente légèreté des sanctions prévues (admonestation, remise à parents, liberté surveillée) sans mesurer les enjeux lourds que représentent une première mention sur le casier judiciaire, des réparations civiles non limitées dans leur quantum, l'absence d'avocat surtout dans les affaires contestées... Même si le juge peut renvoyer le mineur prévenu devant le tribunal pour enfants - et lui faire bénéficier ainsi, au moins à l'audience, des garanties du procès équitable - il reste qu'il s'agit d'une faculté purement discrétionnaire non sanctionnées par un acte juridictionnel et reposant au bout du compte sur des critères très variables selon la pratique considérée: échelle des peines, nature de l'affaire, demande de dommages-intérêts, degré d'implication du juge, faits contestés...<sup>4</sup>

### Les pratiques d'évitement du procès verbal

On a peu à peu pris conscience que face à des jeunes n'ayant pas d'autre moyen de communiquer que le conflit, qui vivent en permanence dans une quête conflictuelle d'eux-mêmes, le schéma linéaire de l'ordonnance ne pouvait conduire qu'à la prison sans pouvoir désamorcer ces conduites répétitives: ainsi, pour des jeunes placés en liberté surveillée, en cas d'incident au cours de la mesure, la sanction par l'emprisonnement (l'OPMA, l'ordonnance de placement en maison d'arrêt) n'est plus appliquée depuis longtemps. L'instance pénale est donc vidée de tout contenu éducatif tant au stade de l'instruction où les mesures d'investigation sur la personnalité pourtant obligatoires sont caduques, qu'au stade du jugement où les placements en institution disparaissent compte tenu de cette rigidité procédurale et de l'émergence de formules plus souples d'hébergement, d'accueil ou de formation. Le fait décisif, de ce point de vue, a été, depuis que les lois de 1958 et 1970 ont donné au juge les compétences relatives à l'enfance en danger (assistance

<sup>4</sup> Une enquête récente faite par l'Association française des magistrats de la jeunesse fait apparaître la grande diversité des critères pratiquement utilisés: récidive (100%), gravité des faits (95%), âge de l'inculpé (29%), échec de la mesure éducative (28%), montant des dommages-intérêts (11%)... "*Pratique et opinion des magistrats de la jeunesse, quant à la justice pénale*", doc. dactyl., 1989



éducative), le développement de la technique des "doubles dossiers" qui conduit à ouvrir, dès lors qu'un délit s'accompagne d'un dysfonctionnement familial repéré, un autre dossier qui ouvre un espace de négociation infiniment plus fertile. Le juge se borne en général<sup>5</sup> à l'audience pénale à oraliser les éléments de son "enquête officieuse" le plus souvent puisées dans le dossier d'assistance éducative en dehors de tout débat contradictoire.

En sorte qu'apparaît, dans la pratique, une toute autre forme de justice qui a laissé de côté ce schéma linéaire de l'ordonnance de 1945 pour créer une nouvelle réponse en grande partie hors du droit. faite de souplesse, de maniabilité, de relais diversifiés, bref d'opportunité... Cette pratique normative permet au juge de disposer d'un instrument homogène capable de mobiliser et de rendre opérationnels très vite les éléments contenus dans les dossiers : compétence du tribunal fondée sur la *sectorisation* géographique du juge des enfants renforcée récemment par la naissance des "maisons de justice" implantées depuis peu dans certains quartiers ; rupture consommée avec le principe de séparation entre phase d'instruction et de jugement au nom de la nécessaire *continuité personnelle de l'action* . surtout, *spécialisation* du juge mais aussi du parquet, du juge d'instruction, d'éducateurs placés au tribunal afin d'éviter les réactions aveugles dues à la parcellisation des tâches . et, au bout du compte, choix délibéré de travailler dans le cadre juridique le moins contraignant pour l'action, celui de l'assistance éducative, l'instance pénale n'étant, dans le meilleur des cas et quand le temps lui est laissé - qu'une instance de ratification des décisions prises en audience de cabinet. D'où la situation actuelle des cabinets de juge des enfants ou l'hypertrophie de l'assistance éducative vouent la gestion des dossiers pénaux soit à être irrésistiblement déplacés sur le terrain du dossier utile, soit à d'incalculables retards, soit enfin à l'oubli pur et simple...

Symptôme permanent de ce déplacement, la difficulté pour l'avocat de trouver sa place dans ce dispositif. Cela ne tient pas au fait que - ici peut-être plus que partout ailleurs - la défense n'est qu'un simulacre quand elle intervient au dernier moment devant la juridiction de jugement. Cela ne tient pas non plus au fait que l'avocat n'est ici jamais mandaté par celui qu'il doit défendre mais par la société qui a jugé sa présence obligatoire. Cela tient surtout à l'impossibilité pour lui de se situer dans un processus décisionnel largement oral, lié à la stratégie du juge, ou encore agencé aux normes non juridiques des sciences humaines. Face à l'impossibilité de peser sur la prise de décision qui résulte, pour l'essentiel, d'une dialectique entre éducatif et judiciaire, l'avocat se positionne exclusivement face à un dossier pénal vide. Quand il parvient à accéder au dossier "utile", il s'aperçoit que l'essentiel n'est ni dans les rapports écrits, ni dans les procès-verbaux mais dans telle conversation téléphonique ou est prise une orientation ou telle réunion de synthèse ou se définissent les stratégies... Ce que ressent l'avocat, c'est au fond qu'il doit rompre avec un rôle qui n'est ni celui de la tradition du barreau, ni celui que lui assigne le modèle classique du procès équitable, et que, pour intervenir réellement, il doit aller enquêter lui-même sur place auprès de ceux qui ont le pouvoir dans le dossier avant que les écrits ne figent les options prises.

### Une crise de légitimité

Enfin, alors même qu'elle s'ouvrait de plus en plus à tous les savoirs issus des sciences humaines, la justice des mineurs est restée - dans ses interrogations et son évolution même - étrangère à la réflexion sur la place du droit dans une société démocratique. Aux valeurs du droit se sont

<sup>5</sup> La même enquête montre qu'un magistrat sur deux admet ne procéder à une inculpation préalable que dans certains dossiers tandis que 14 % seulement déclarent effectuer une instruction préalable dans tous les dossiers. Mais surtout, près de 80 % d'entre eux n'ordonnent jamais les examens de personnalité rendus pourtant obligatoires par les textes.



substituées d'innombrables valeurs explicatives empruntées aux savoirs les plus divers. Tournant le dos à une légitimité en laquelle elle ne se reconnaît plus, elle sera périodiquement conduite à rechercher son identité dans les savoirs extra-juridiques. De là les termes de justice "thérapeutique" ou "médico-sociale" ou encore de juges "psy" ou "assistance sociale", indices de ce brouillage. En somme, la requalification de la justice des mineurs en entraînant le risque d'une disparition du droit réduit à n'être qu'une coquille vide a provoqué une profonde crise d'identité qui est comblée périodiquement par l'appel à des disciplines capables de la repenser : ainsi les différentes approches psychologisantes - psychanalytiques, psychothérapeutiques, systémiques - ont tour à tour dominé le champ de la justice des mineurs comme autant de palliatifs à l'absence de pensée juridique.

Cette crise de légitimité habite la justice des mineurs de longue date mais se révèle aujourd'hui avec le mouvement dit de "retour au droit". A l'origine, l'influence de l'école de "Défense sociale" de M. Ancel sur les auteurs de l'ordonnance de 1945 est bien connue. En voulant briser les fictions du droit pénal classique, elle proposait la "restitution de l'acte à la personne ou plus exactement un rattachement existentiel du fait à son auteur que les catégorisations juridiques empêchaient d'apercevoir"<sup>6</sup>. Construire un système humaniste de réaction à la délinquance suppose, pour M. Ancel, une certaine dissolution du droit au nom de valeurs supérieures comme l'étude de la personnalité, l'individualisation de la peine, la resocialisation... Malgré la différence évidente de perspective, l'oeuvre, le travail de P. Legendre au laboratoire européen sur la filiation de l'Université de Paris I et son impact auprès des professionnels de la justice des mineurs jouent aujourd'hui un rôle analogue. Or, cette oeuvre consiste en une relégitimation de la justice par la psychanalyse, en raison des effets structurants qu'elle est supposée produire sur l'individu considéré dans sa seule dimension intra-psychique. Tout se passe comme si l'espace judiciaire appartenait totalement au sujet - "le droit, dit Legendre, est la garantie première du sujet"<sup>7</sup> - comme si la justice n'avait de sens que pour ses vertus curatives alors que c'est à la justice, et non pas exclusivement à la psychanalyse, que revient la fonction d'instaurer l'individu comme sujet de droit.

Ce rapprochement ne fait que signaler à travers la justice des mineurs la permanence d'un déficit conceptuel de la réflexion juridique que depuis un demi-siècle l'on cherche à combler soit par les savoirs psychologiques soit par le "retour au droit" comme les deux faces d'une même monnaie. Faut-il accepter cette fatalité où la connaissance d'une personnalité entraîne nécessairement une occultation de ses droits ? Peut-on considérer que les abus inhérents aux modèles tutélaires récemment dénoncés par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>8</sup> entraînent nécessairement leur disqualification ? Au bout du compte, est-il légitime d'en déduire la nécessité d'une transposition pure et simple du modèle légaliste ?

## Les enjeux d'une recherche de légitimité

Le vrai défi qui nous est lancé, du fait de ces carences du modèle tutélaire, est de repenser le problème en terme de légitimité de l'acte de juger c'est-à-dire de valeurs de référence pour la pratique judiciaire. Nous formulons l'hypothèse qu'il y a une certaine urgence à le situer dans la

<sup>6</sup> M. Ancel, *"La défense sociale nouvelle"*, Cujas, 1981, p. 21.

<sup>7</sup> P. Legendre, *"Le crime du caporal Lortie"*, Fayard, 1989, p. 57.

<sup>8</sup> Condamnation de la Belgique pour avoir accumulé à l'encontre d'un mineur 9 placements en maison d'arrêt sans finalités éducatives, sans l'aide d'un avocat et sans recours juridictionnel (CEDH, Bouamar, 29 février 1988).



justice pénale des mineurs compte tenu du risque de la voir se diluer dans les pratiques de médiation, l'assistance éducative ou le classement sans suite. Il s'agit de redonner sa place à un droit fondé sur des principes fondamentaux afin de mieux rééquilibrer les savoirs et les acteurs de notre justice des mineurs.

### Une rééquilibrage des rôles et des savoirs

On sait depuis longtemps que la délinquance juvénile est un Janus à deux visages : c'est tantôt une délinquance transitoire, occasionnelle, à forte visibilité sociale mais peu organisée, liée à la période de l'adolescence et concentrée sur les atteintes aux biens, mais il y a une toute autre délinquance impulsive et répétitive dont la source est dans un déséquilibre du système familial qu'intériorise le psychisme individuel. L'idée serait de *mieux articuler* le schéma prévu par l'ordonnance de 1945 entre le modèle du procès équitable (audience du tribunal pour enfant et Cour d'assises des mineurs) pour les cas les plus lourds et une procédure abrégée comportant une audience préliminaire réellement contradictoire pouvant se conclure immédiatement par un jugement pour le premier type de délinquance.

1) Le temps de l'audience de cabinet doit permettre de juger dans un délai raisonnable afin de donner une réponse éducative ou pénale à l'infraction ainsi qu'un dédommagement à la victime sans avoir recours à des investigations sur la personnalité pour la grande majorité des actes de délinquance. *Au stade de l'examen de culpabilité*, il paraît important de mettre en mesure l'accusé de porter un jugement sur son acte qui ait une traduction procédurale, c'est-à-dire de lui permettre de faire un *choix sur la manière dont va s'apprécier sa culpabilité*. Ce qui se fait parfois actuellement en pratique quand le juge demande au mineur de mettre en mots son acte et sa culpabilité ou lui demande de faire choix d'un défenseur en portant à sa connaissance les enjeux de ce choix sur le jugement. Il va de soi que cette pratique est insatisfaisante parce qu'elle se fait dans un système inquisitoire où le seul juge décide de tout alors qu'un tel choix doit être aussi éclairé par une défense effective. Dans l'hypothèse où l'accusé nie les faits, il doit pouvoir opter en faveur d'un procès complet sur la culpabilité et, le cas échéant sur la mesure à prendre<sup>9</sup>.

Pour être signifiante, *l'articulation entre les deux voies* (le "renvoi" en droit positif) ne doit être le résultat ni d'une décision souveraine du juge ce qui est le cas actuellement, ni d'un automatisme légal comme le prévoit l'avant-projet Arpaillage mais, après réquisitions du ministère public, d'une option du prévenu entérinée (ou pas) par le juge. On peut songer non à systématiser, à peine de nullité, la notion d'impartialité comme le prévoit la loi du 4 janvier 1993 mais à prévoir le cas où un mineur (et son conseil) estimerait que le juge qui le connaît - soit dans le cadre de l'assistance éducative, soit parce qu'il l'aurait placé en détention - ne serait plus dans la position du juge impartial lors du procès. Ici la notion de juge impartial s'évalue en fonction non d'une automaticité légale mais d'un véritable droit à un juge impartial offert au mineur prévenu, dans l'esprit même de l'article 6 de la C.E.S.D.H. Davantage reconnu comme acteur de son procès, on peut penser qu'il sera acteur de son insertion, des mesures qui seront prises, de son devenir. Le juge, **catalyseur plus qu'inquisiteur**, est davantage positionné dans un rôle d'arbitre de choix qui doivent se faire devant lui et non être faits par lui ou les membres de son équipe.

<sup>9</sup> Cela concernerait notamment les délits comportant une atteinte volontaire à l'intégrité physique d'autrui, les vols aggravés, les infractions à la législation sur les stupéfiants... *Avant-projet de loi portant réforme du droit pénal et de la procédure pénale applicable aux mineurs, Ministère de la justice*, doc. dactyl., 27 juin 1990.



2) *Au moment de la mesure à prendre*, il paraît souhaitable de rompre, comme le suggère C. Lazerges<sup>10</sup>, avec l'alternative sommaire de l'ordonnance de 1945 (peine ou mesure éducative) à condition de distinguer auparavant *les temporalités successives de l'examen de culpabilité et de la mesure envisagée*. La césure du procès pénal, comme le proposait la Commission Martaguet en 1982 permet de "privilégier la rapidité de la réponse judiciaire et l'indemnisation de la victime sans pour autant précipiter la décision sur la solution éducative qui doit prendre en compte l'évolution du mineur"<sup>11</sup>. Quand il s'agit d'étudier la culpabilité d'un prévenu, les critères juridiques d'évaluation de l'acte incriminé doivent prévaloir : chacun est dans un champ où s'évalue la preuve de la culpabilité et où l'on cherche une argumentation juridique apte à convaincre son adversaire. En revanche, quand il s'agit de débattre sur la mesure à prendre, le savoir à prendre en compte est d'une toute autre nature. Ce qui est mobilisé ici, c'est toute l'analyse psychologique, thérapeutique, éducative sur l'individu qui va coder l'acte incriminé pour lui donner une signification exploitable dans une stratégie éducative ou thérapeutique. Il n'est pas intellectuellement gênant d'entendre, à ce stade des débats, ou de lire, qu'un vol puisse avoir une valeur affective, initiatique, compensatoire, ou encore qu'une infraction sexuelle soit rapportée à une histoire familiale ou à un épisode pathologique. Le savoir sur l'individu qui est mobilisé permet de choisir celui qui aura valeur dynamique dans un processus d'élucidation, de resocialisation ou de soin, une fois la culpabilité "légalement établie" au sens de l'article 6 de la C.E.S.D.H. C'est parce que l'espace de la légalité aura été préalablement dégagé, que celui de la mesure éducative pourra se déployer

Marquer une telle différence, c'est souligner que **le droit pénal n'est pas qu'une science sociale mais une instance de nomination des interdits** à valeur symbolique car c'est celle qu'une société se donne à elle-même comme référence pour tous. Les savoirs de la subjectivité qui nomment à leur tour la même réalité coupés de cette symbolique comportent eux-mêmes un risque d'arbitraire parce qu'ils placent *en l'individu* cette référence. Par exemple, comme nous l'avons vu souvent dans des rapports éducatifs, la détention provisoire (ou la peine) va être contre indiquée parce qu'elle "hâte un processus d'identification à la délinquance" ou conseillée parce qu'il "faut marquer une limite à une toute puissance archaïque". sa durée va être imputée non à des critères légaux mais au temps nécessaire pour amorcer une maturation du sujet, un projet éducatif ou thérapeutique, etc. C'est pour éviter ce type d'écueil qu'une césure du procès pénal est indispensable. La reconquête d'une légitimité de la justice des mineurs passe par celle de ses différentes temporalités afin que les grilles de lecture, en interférant, ne brouillent plus l'exercice du jugement. Il ne s'agit pas de nier l'apport de la criminologie clinique mais de sortir de la confusion des nominations et de la disqualification du droit.

#### **Des principes fondamentaux pour la justice des mineurs**

Une telle articulation des rôles et des savoirs n'est possible que si elle s'inscrit dans une démarche plus éthique que formaliste et surtout fondée sur des principes, c'est-à-dire sur la visibilité de valeurs. **Sans doute la grande portée de l'ordonnance de 1945 est son appartenance non à un droit codifié mais à quelques principes directeurs** au premier rang desquels figure la priorité de l'action éducative sur la peine. En ce sens, la justice des mineurs comme la justice pénale en général ne peut faire l'économie d'une réflexion renouvelée sur ses principes d'action. On entend par là les principes énoncés par les textes internationaux inspirés directement du *corpus* des droits de l'homme et des textes qui prévoient une protection renforcée pour les mineurs. Citons

<sup>10</sup> C. Lazerges. "*Quel droit pénal des mineurs pour l'Europe de demain*". Mélanges Levasseur "Droit pénal, droit européen". Litec, 1992, p. 442.

<sup>11</sup> Commission de réforme du droit pénal des mineurs, Ministère de la Justice, 1983, p. 17.





parmi les règles internationales, les recommandations des Nations Unies (règles dites de Béijing) et la Convention sur les droits de l'enfant et - sur le plan européen - la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que les recommandations récentes du Conseil de l'Europe. Reprenons, en les référant à la pratique judiciaire, quelques exemples de ce que pourraient être ces principes directeurs .

1) Avant l'intervention judiciaire, tous les textes - sous des termes différents ("**déjudiciarisation**" pour les règles de Béijing, "**prévention**" pour l'art. 40 al 3 C.I.D.E., "**médiation**" pour les recommandations du Conseil de l'Europe) émettent l'idée de placer des circuits de dérivation extra-judiciaire afin d'éviter aux mineurs d'être stigmatisés par un passage par la justice pénale. En d'autres termes - et il semble qu'ici on suive une démarche *radicalement différente* de celle de l'ordonnance de 1945 - l'accent est mis non plus sur la rééducation d'un mineur délinquant mais sur son aptitude à répondre *seul* de ses actes. Mais surtout, ceci suppose que la démarche de réparation soit effectuée par le mineur lui-même. Il assume seul le paiement de sa dette alors que dans le système classique la plupart du temps ses parents responsables civilement l'assument à sa place. Cette démarche a le sens d'une réparation assumée par un individu au sens d'un acte de réconciliation sociale non d'une indemnisation exercée par ses représentants légaux. Toute une conception de la qualité de sujet de droit de l'enfant est en jeu dans ce renversement de perspective.

2) Lors de la phase policière du procès pénal, le principe selon lequel un mineur ne doit pas être contraint de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable (art. 40 al. 2 C.I.D.E.) : il s'agit ici, sans équivoque, d'introduire, outre les garanties des articles 5 et 6 de la C.E.S.D.H. (présomption d'innocence, connaître les éléments à charges, temps de préparation pour sa défense...) une garantie habituelle dans le droit de *common law* où les preuves doivent être recherchées non dans des aveux consignés dans le dossier mais à l'extérieur de la personne poursuivie. Ce qui ne signifie pas que l'aveu en tant que tel disparaisse de notre droit mais que ses conditions d'obtention soient modifiées en particulier par la **suppression de la garde à vue pour les mineurs** (Recommandation du Conseil de l'Europe 1987). Ce point qui vise à renforcer la position légale du mineur au stade policier du procès paraît essentiel quand on sait que, dans la plupart des dossiers pénaux, les mineurs "reconnaissent les faits" . que ces aveux d'apparence spontanée résultent d'interrogatoires de police alors qu'on connaît la suggestibilité des mineurs sensibles aux demandes explicites et implicites des adultes.

3) Au cours de la phase proprement judiciaire, le principe selon lequel cette justice doit être rendue par un tribunal indépendant et impartial (art. 6 C.E.S.D.H.) mais aussi compétent (art. 40 C.I.D.E.) et spécialisée (art. 43-3 C.I.D.E.) est posé par ces deux textes. A l'intersection de ces deux textes, est ouverte la possibilité d'une mise en compatibilité entre d'une part le principe de spécialisation et d'autre part, sinon l'impartialité du juge, du moins la présence de garanties juridiques renforcées au stade du jugement. A l'inverse, les solutions récentes optent pour une notion legaliste de l'impartialité *sans voir cette nécessaire mise en compatibilité entre les deux principes*. Par exemple, un arrêt de la Cour de cassation suisse du 29 avril 1988 a cassé une décision où l'implication personnelle du juge était telle qu'elle n'offrait plus, selon elle, les garanties d'impartialité requise par la Convention européenne des droits de l'homme, le juge ayant placé à plusieurs reprises le mineur en détention avant de le juger . depuis cet arrêt, un mécanisme de récusation du juge a été mis en place par voie législative. De même, en France, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Reims, la loi du 4 janvier 1993, on l'a vu, choisit également l'option legaliste - au détriment des idées de spécialisation et de continuité d'action - en instaurant



une séparation nette des fonctions entre le jugement de l'affaire au fond et la décision de mise en détention provisoire.

Ainsi se dessinerait une nouvelle figure du procès pénal dominé par quelques grands principes que seraient dans ces trois exemples, le principe de spécialisation du juge, le principe de prohibition du témoignage contre soi-même et le principe de médiation. En amont du procès, la médiation présente l'avantage de ne pas se couper des vertus régulatrices de la négociation informelle pour des conflits intergénérationnels par essence éphémères ou pour la délinquance juvénile de type initiatique, les "erreurs de jeunesse" aisément réparables. La légitimation de la médiation pour les mineurs - loin d'être un simple outil d'opportunité pour l'action publique - garantirait ainsi la validité de la demande d'autonomie du jeune. Quant au procès pénal lui-même, la reconnaissance du principe de spécialisation peut seule permettre d'éviter les effets dévastateurs de la division du travail judiciaire aveugle à l'exercice d'une fonction tutélaire. Reconnaître le bien fondé d'un **tiers impartial** ou même de la notion de "**partialité objective**"<sup>12</sup> selon le mot d'A. Bruel comporterait la négation de l'idée qui est le ressort de notre justice des mineurs où le jeune reçoit *de la même personne* la réalisation de ses désirs et l'ordre de les limiter ; où la parole du juge peut encore avoir une fonction instituante parce qu'elle s'inscrit dans un temps humain non dans une neutralité atemporelle ; où le rapport à la loi, pour ceux qui vivent dramatiquement une quête d'identité, résulte d'une oeuvre pédagogique à long terme, non d'une appréciation objective des seuls épisodes délictuels d'une telle quête ; ou, enfin, il s'agit avant tout de sanctionner des trajectoires, ce qui implique ni déplacement ni morcellement du point de vue mais *continuum* de la décision.

En définitive, il serait imprudent de voir l'avenir de notre justice des mineurs ailleurs que dans une éthique de l'acte de juger qui intègre la finalité de l'action à la froide impartialité du jugement qui épuise sa fonction en l'exerçant. En éloignant à dessein la référence au droit législatif, l'ordonnance de 1945 l'a inscrite inéluctablement dans la mouvance d'un droit prétorien comptable de principes fondamentaux. Derrière la fausse alternative ouverte par la dualité de modèles possibles, le vrai défi qui se présente au juge aujourd'hui est d'intégrer l'émergence d'une nouvelle représentation de l'enfant qui veut à la fois être un sujet à protéger mais aussi sujet des droits de l'homme. **Mais il est illusoire de penser qu'on peut modifier le modèle tutélaire sans le transformer, à terme, en un modèle légaliste.** Le juge des enfants est le garant d'un ordre public de protection non l'arbitre d'une compétition judiciaire. N'en déplaise à ceux qui souhaitent une troisième voie<sup>13</sup>, les deux modèles sont hétérogènes et irréductibles l'un à l'autre. Si l'on peut souhaiter renforcer la légalité qui connaît un recul considérable dans la justice pénale des mineurs, il faut savoir s'arrêter jusqu'à un point où l'équilibre du modèle tutélaire serait compromis. Fragmenter à l'extrême le processus judiciaire, pour protéger les libertés formelles comme dans le système actuel de la "mise en examen" issu de la loi du 4 janvier 1993 n'est justifiable ni pédagogiquement, ni au regard de notre modèle tutélaire. Au contraire, localiser ce point d'équilibre où la loi ne déciderait pas à la place des acteurs mais définirait le rôle, de chacun d'eux, en les laissant libre de faire leurs choix, est l'enjeu utile des réformes à venir.

Prenons soin de bien mesurer cet enjeu. Au moment où s'impose dans la réforme de la procédure pénale le principe de séparation des fonctions de la justice pénale, notre justice des mineurs,

<sup>12</sup> A. Bruel, Président du Tribunal pour Enfants de Paris. "*La spécialisation du juge des enfants*", doc. dactyl. 1990. "*L'impossible réforme de l'ordonnance de 1945*", doc. dactyl. 1991.

<sup>13</sup> cf. les propositions en ce sens de J. Zermatten (juge au tribunal des mineurs de Sion - Suisse), in *L'intervention face aux jeunes délinquants - Modèle 'protection' ou modèle 'justice'. "Droit de l'enfance et de la famille"*, 1992.



fondée sur des valeurs différentes, ne doit-elle pas saisir l'occasion d'affirmer son identité en affichant des principes directeurs ? Toucher à la continuité d'action du juge en appliquant purement et simplement la notion de tribunal impartial de l'article 6 de la C.E.D.S.H., aboutirait à fissurer l'édifice même de la construction de l'ordonnance de 1945. On changerait de référence : les droits procéduraux au lieu de l'appréciation du juge ; la légalité d'un acte au lieu de la continuité du jugement ; la séparation des fonctions au lieu de la cohérence de l'action ; le sujet de droit au lieu du sujet humain. L'ordonnance de 1945 ne doit pas être condamnée parce qu'elle a disqualifié le sujet de droit au nom de l'intérêt de l'enfant à rééduquer. Ce qui doit aujourd'hui être préservé ce n'est plus, bien sûr, l'entreprise de redressement de l'enfance "irrégulière" au lendemain de la guerre. C'est le sens symbolique de son humanisme juridique qui situe, hors de la stricte légalité, dans les besoins d'un être en devenir, la finalité "longue" selon le mot de P. Ricoeur<sup>14</sup>, inhérente à la justice. Gardons une telle référence tout en réhabilitant le sujet de droit chez l'adolescent, sans oublier qu'il s'agit ici, au bout du compte, d'un sujet humain dont est comptable la justice.

---

<sup>14</sup> P. Ricoeur. "*L'acte de juger*" in *Esprit*, juillet 1992.