



**HAL**  
open science

## L'intérêt supérieur de l'enfant en droit pénal

Julie Gaignot

► **To cite this version:**

| Julie Gaignot. L'intérêt supérieur de l'enfant en droit pénal. Droit. 2018. dumas-01949776

**HAL Id: dumas-01949776**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01949776>**

Submitted on 10 Dec 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE  
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
MASTER 2 « LUTTE CONTRE L'INSECURITE »

# L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT EN DROIT PENAL

Présenté et soutenu par

**JULIE GAIGNOT**

Directeur de recherche : Eudoxie GALLARDO

- Année 2017/2018 -



*« La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, qui doivent être considérées comme propres à leur auteur. »*

# Remerciements

Je remercie en premier lieu le Professeur Jean-Baptiste PERRIER pour avoir cru en moi, et pour m'avoir donné la chance d'intégrer cette formation.

Je remercie également très chaleureusement Eudoxie GALLARDO, ma directrice de recherche, toujours de bon conseils et très à l'écoute.

Enfin, je remercie tous mes relecteurs, pour le temps qu'ils m'ont accordé.

## Liste des principales abréviations utilisées

AFMJF	Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille
AJ Famille	Actualité juridique famille
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
AJDA	Actualité juridique droit administratif
Arch. Pol. crim.	Archives de politique criminelle
Art.	Article
BO Ministère de la Justice	Bulletin officiel du Ministère de la Justice
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Chron.	Chronique
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	Commentaire
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Crim.	Chambre criminelle
dir.	Sous la direction de
Droit de la famille	Revue droit de la famille
Droit pénal	Revue de droit pénal
éd.	Edition
EPM	Etablissement pénitentiaire pour mineur
Gaz. Pal.	Gazette du palais
idem	Même référence
JCP G	La Semaine Juridique Edition Générale
JDJ-RAJS	Journal du droit des jeunes, revue d'action juridique et sociale
JORF	Journal officiel de la République française
LOPPSI	Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure
n°	Numéro
obs.	Observations
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	Ouvrage précité
p.	Page
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République

PJJ	Protection judiciaire de la jeunesse
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDSS	Revue droit sanitaire et social
Rép. de droit pénal et de procédure pénale	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de droit administratif
RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
svt	Suivants
TGI	Tribunal de grande instance
vol.	Volume

# Sommaire

## **Partie 1 : Les pouvoirs d'adaptation des procédures pénales relatives aux mineurs**

### **Chapitre 1 : La chaîne pénale applicable aux mineurs délinquants exclusive de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant**

#### **Section 1 : L'organisation du procès du mineur délinquant**

#### **Section 2 : Une palette de réponses pénales exceptionnellement adaptée**

### **Chapitre 2 : Les adaptations du droit pénal aux mineurs victimes sans références à l'intérêt supérieur de l'enfant**

#### **Section 1 : Les adaptations substantielles aux mineurs victimes**

#### **Section 2 : Les adaptations procédurales erratiques**

## **Partie 2 : Des principes protecteurs du droit pénal des mineurs en particulier et en général**

### **Chapitre 1 : L'émergence progressive du principe autonome de la justice pénale des mineurs**

#### **Section 1 : Le droit pénal des majeurs tenu en retrait**

#### **Section 2 : Une articulation nécessaire avec les autres exigences à valeur constitutionnelle**

### **Chapitre 2 : L'apport protecteur du droit commun**

#### **Section 1 : Des principes généraux mais protecteurs**

#### **Section 2 : La responsabilité comme notion intéressante mais discutable**



# Introduction

*« L'intérêt de l'enfant est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en toute bonne foi d'ailleurs, et nous avons essayé de démontrer combien l'intérêt de l'enfant devait être pris comme critère seulement lorsqu'il n'y pas de règle applicable : il nous paraît que l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficier de la règle de droit, lorsqu'il y en a une »<sup>1</sup>.*

Il s'agit là d'une sentence très sévère assénée par le Professeur émérite de l'Université Lyon III, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, dans la Revue française des affaires sociales publiée en 1994. Elle exprime avec une grande force l'idée de malléabilité de la notion « d'intérêt de l'enfant ». En effet, celle-ci ne reçoit pas, à l'époque, de définition légale, lui permettant potentiellement de devenir un moyen à la disposition du juge pour écarter la règle de droit. Ainsi, notamment en matière de conflits parentaux, où la question du devenir des enfants est centrale, cette notion peut être largement dévoyée, dans le sens qui plaira à celui qui en dispose. Le fait est que le rôle du juge n'est pas d'écarter la loi à sa guise. Dans ces propos, on note cependant une nuance, à travers l'évocation de la bonne foi. Il ne s'agit donc pas ici d'un pamphlet contre des juges qui s'imagineraient que tout leur est permis.

Pour un juriste pénaliste formé à l'interprétation stricte de la loi pénale<sup>2</sup>, la mise en œuvre de cette notion doit donc poser des difficultés. En effet, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale vient encadrer le pouvoir d'interprétation du juge qui doit s'en tenir aux textes et aux répercussions qu'un justiciable moyennement informé peut en déduire. Il n'est cependant pas impossible de trouver de l'équilibre dans le déséquilibre<sup>3</sup> apparent entre ces deux notions.

Nous noterons également qu'il ne s'agit pas de la seule critique de cette notion, puisque le doyen Carbonnier lui-même a cette formule restée célèbre : « *C'est la notion magique. Rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire.* »<sup>4</sup>

Malgré les mises en garde de certains des plus éminents juristes français, on remarque que la notion se développe jusqu'à devenir l'intérêt *supérieur* de l'enfant. Pourtant, il ne s'agit pas d'une consécration légale forte et marquée, mais plutôt d'une évolution progressive. Nous observons également de manière

---

<sup>1</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, *Revue française des affaires sociales*, n°4, oct/décembre 1994, p. 163

<sup>2</sup> Article 111-4 du Code pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* »

<sup>3</sup> F. Nietzsche, *La volonté puissance*, Tome 1, Gallimard, 1995, p. 89

<sup>4</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, PUF, 21<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 85

frappante à quel point, la notion a les avantages de ses inconvénients. Du fait de sa plasticité, elle trouve assurément les critiques sur son manque de définition, mais à contrario, elle peut être évoquée dans toutes les spécialités juridiques qui ont attiré aux enfants. D'une certaine manière, on peut ainsi estimer que la notion convient aussi bien en droit civil, qu'en droit pénal voir même en droit administratif.

## **Section 1 : L'introduction de l'intérêt supérieur de l'enfant comme fruit d'une longue évolution**

L'enfant est par nature plus fragile et immature que l'adulte. C'est la raison pour laquelle, il doit être protégé. Cela lui confère également un statut dont l'importance a varié au cours du temps face à d'autres institutions.

### **A) L'infans du droit romain et son évolution sous l'influence du catholicisme**

Emmanuelle VALETTE-CAGNAC<sup>5</sup> indique à cet égard que « *cette « faiblesse » constitutive de l'enfance est probablement l'un des traits les plus caractéristiques de la civilisation romaine* ». Il semblerait par ailleurs selon cette même auteure que, les textes juridiques de droit romain mettaient systématiquement en parallèle les figures de l'enfant, du fou et de la femme pour définir les incapacités juridiques. L'enfant est donc un simple *infans* qui doit se soumettre à l'autorité de son *pater*.

Cela dit, nous observons que de nombreuses anciennes cultures ont saisi cette fragilité, et organisent de ce fait, aux moins pour les familles riches, une instruction plus ou moins longue pour les enfants. A Rome, les enfants de famille riche étaient envoyés dans des écoles pour recevoir une éducation au calcul et à la lecture auprès d'un précepteur, qui était en réalité un esclave. Ceux-ci étaient tellement violents, que les punitions se transformaient parfois en véritable torture<sup>6</sup>. L'éducation se faisait donc au travers de l'imitation et de l'imprégnation physique du savoir sur le corps par l'usage de la férule.

De façon plus générale en droit romain, les rapports entre les parents et les enfants sont marqués par l'institution archaïque de la *patria potestas* du *pater*. Malgré sa rigueur et sa durée, celle-ci persiste à l'époque classique<sup>7</sup>. Si cette notion juridique est si importante à l'époque, c'est parce qu'elle confère au *pater* qui en bénéficie des droits d'une extrême rigueur, notamment un droit de vie et de mort, théoriquement absolu et arbitraire, qui s'exerce sur toute la descendance. Comme le soulignent Jean GAUDEMET et Emmanuelle CHEVREAU dans le manuel *Droit privé romain*, ce droit est heureusement rapidement limité par des considérations aussi bien extra-judiciaires, qu'infra-judiciaires.

A contrario, l'Eglise catholique qui est devenue la religion officielle de l'Empire romain en 392 accorde une place centrale aux enfants et cela, bien avant leur naissance. Les dogmes affirment en effet, que l'on

---

<sup>5</sup> Membre de l'Université Paris-Diderot, spécialiste en histoire romaine

<sup>6</sup> E. VALETTE-CAGNAC, « Etre enfant à Rome : Le dur apprentissage de la vie civique », *Terrain*, vol. 40, mars 2003, p. 49- 64

<sup>7</sup> J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 77-81

peut parler de fœtus ayant reçu le don de l'âme humaine dès le quarantième jour pour les garçons et le quatre-vingt-dixième jour pour les filles<sup>8</sup>. Ils sont ainsi pleinement conscients et ils sont supposés prier Dieu dans le ventre de leur mère.

A la fin du Moyen-âge, le cadre familial se restreint progressivement autour de la « petite famille ». A l'intérieur de celle-ci, se développe de façon extrême l'autoritarisme du père, mari et chef de famille.

Cela n'empêchera pas l'évolution de la notion, pour finalement aboutir à l'enfance, notion plus moderne et singulière.

## **B) L'émergence moderne de l'enfant**

L'enfance est une notion nettement plus moderne, puisqu'elle date des XVII et XVIII<sup>ème</sup> siècles. Sitôt que les famines et les guerres reculent, l'intérêt pour l'enfance augmente et on y consacre des lois de protection.

Pierre VERDIER donne ainsi plusieurs exemples de lois qui visent à protéger ou à valoriser les enfants<sup>9</sup>. Nous constatons que les différents gouvernements français adoptent progressivement une position interventionniste notamment à travers la loi du 22 mars 1841, qui régleme pour la première fois le travail des enfants et la loi du 24 juillet 1889 qui introduit la possibilité de prononcer une déchéance de la puissance paternelle.

En effet, la loi du 22 mars 1841 vient pour la première fois dans l'histoire du droit du travail français, poser certains seuils, ce qui constitue une entorse à la liberté économique. Cette loi est motivée par le constat de l'état désastreux des ouvriers et l'exploitation des enfants dans les usines. A ce titre, le texte interdit le travail des enfants de moins de huit ans et fixe pour les autres une durée maximale journalière<sup>10</sup>.

Par conséquent, cette loi empêche les jeunes enfants de familles ouvrières d'aller travailler à l'usine. Ceux-ci ne rapportent plus d'argent, ils deviennent des poids pour leurs parents. Il faut souligner également la faible portée du texte puisque ces dispositions ne concernent que les usines ou les fabriques ayant plus de 20 salariés<sup>11</sup>. Enfin, pour parachever l'inefficacité du texte, il était prévu que le contrôle des entreprises devait être exercé par des notables locaux bénévoles, ce qui réduisait considérablement la portée du texte. Cette loi hautement symbolique a comme intérêt essentiel de provoquer une prise de conscience de la nécessité pour l'Etat de réglementer plus sévèrement certains secteurs sensibles. Finalement, ce texte sera l'argument nécessaire pour créer l'Inspection du travail par la loi du

---

<sup>8</sup> P. RICHET, « Être enfant au Moyen-âge », *Fabert*, 2010

<sup>9</sup> P. VERDIER, « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », *JDJ-RAJS*, n°280, décembre 2008

<sup>10</sup> Loi du 22 mars 1841 *relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*, article 2

<sup>11</sup> Loi du 22 mars 1841 *relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*, article 1

19 mai 1874<sup>12</sup>, afin d'assurer le contrôle de la législation du travail grâce à un organe administratif indépendant.

D'une certaine manière, nous pouvons affirmer que cette prise de conscience de la nécessité de protéger les enfants pour eux-mêmes a porté ses fruits. En effet s'en est suivie la loi du 28 mars 1882, rendant l'instruction publique obligatoire. Cette loi tend à imposer une instruction identique et laïque à tous les enfants, sans considération de leur sexe ou de leur nationalité. Le véritable intérêt de ce texte réside dans le fait que la Troisième République naissante impose un parcours de vie à toute une partie de sa population tout en en écartant l'Eglise catholique<sup>13</sup>.

L'intérêt se porte donc progressivement sur l'enfant en tant qu'individu, ayant des besoins propres. Cette conception, implique de prendre soin de l'enfant aussi bien en termes d'éducation, que de santé, en s'adaptant à ses besoins spécifiques, qui évoluent en fonction de son âge.

C'est la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) signée à New-York, le 20 novembre 1989 qui introduit la notion d'intérêt *supérieur* de l'enfant. La différence entre « l'intérêt de l'enfant » et « l'intérêt *supérieur* de l'enfant » tient au fait que cette dernière notion impose de donner la parole à l'enfant dans toutes les décisions importantes de sa vie dès lors qu'il a atteint l'âge de discernement, ce qui dépend de chaque enfant. Enfin, son intérêt doit être une considération primordiale au regard des éventuels autres principes qui pourraient trouver à s'appliquer.

Ce texte est une convention internationale, adoptée dans le cadre des Nations unies. Elle est dotée d'un mécanisme de contrôle, le Comité des droits de l'enfant. Afin de permettre ce contrôle, les états partis dont la France doivent transmettre périodiquement des rapports. Cela a permis aux états de s'en emparer progressivement, même en France, où l'on assiste à une prise en compte croissante de la notion d'intérêt *supérieur* de l'enfant, dans de nombreuses branches du droit.

## **Section 2 : Une prise en compte croissante de la notion en droit interne**

Comme cela a été souligné, la notion d'intérêt *supérieur* de l'enfant a fait son apparition dans l'article 3.1 de la CIDE signée le 20 novembre 1989. Ce paragraphe prévoit que « *1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

---

<sup>12</sup> Articles 16 à 19 de la loi du 19 mai 1874

<sup>13</sup> Site internet du Sénat – Les lois scolaires de Jules FERRY du 28 mars 1882

### A) Des dispositions contraignantes

Cette disposition, tout comme le reste de la convention, est juridiquement contraignante. Cela signifie qu'il ne s'agit pas simplement de belles paroles, mais bien d'un outil qui emporte des effets concrets.

Cependant, comme pour tous les textes internationaux, la question de la distinction entre les dispositions directement invocables par le justiciable et celles qui ne le sont pas se pose. Le juge administratif fait ici un travail classique, conforme aux règles du droit international public, une sorte « *d'inventaire à la Prévert* »<sup>14</sup>, entre les règles qui ont un caractère auto-exécutoire, et celles qui ne sont pas susceptibles d'être immédiatement appliquées à des situations ou qui régissent les rapports d'Etat à Etat. En d'autres termes, le juge administratif, en tant que juge de la légalité des actes administratifs doit décider si la norme internationale à un effet vertical.

### C) Les applications jurisprudentielles

Le Conseil d'Etat a admis l'applicabilité de ce paragraphe, donc son caractère auto-exécutoire, dans la situation où un arrêté d'expulsion avait été pris à l'encontre d'un jeune enfant, alors que sa mère résidait en France de façon régulière. Dans cet arrêt du 22 septembre 1997<sup>15</sup>, le juge administratif opère un contrôle de la situation au regard du principe de l'intérêt *supérieur* de l'enfant. Il annule donc l'arrêté préfectoral, car « *séparer, même provisoirement de sa mère [le jeune Tolga], porte atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et doit être regardée comme contraire à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant* ».

Jean HAUSER relève dans son article que le Conseil d'Etat adopte enfin un attendu de principe dont découlent plusieurs points intéressants. Premièrement, la notion d'intérêt *supérieur* de l'enfant doit servir de guide à toutes les décisions administratives ou judiciaires concernant l'enfant pour lequel une décision a été prise. D'autre part, elle peut être invoquée à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir. Enfin, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'autorité administrative doit accorder une attention primordiale à l'intérêt *supérieur* des enfants dans toutes les décisions les concernant.

Il faut ici souligner le caractère quelque peu opportun de cette décision. En effet, le préfet a agi conformément aux prescriptions légales de l'article 29 de l'ordonnance du 02 novembre 1945<sup>16</sup>, dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 24 août 1993<sup>17</sup>, qui avait rendu plus sévères les règles relatives au

---

<sup>14</sup> Intervention de Rémy SCHWARTZ, ancien conseiller d'Etat, lors du colloque organisé par l'association Louis Chatin le 20 novembre 2009 sur le thème : « *Vingt ans d'application de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant* »

<sup>15</sup> Conseil d'Etat, Sous-sections réunies, 22 septembre 1997, n°161364, publié au recueil Lebon ; D. 1998, p. 297, obs. Ch. DESNOYER ; RTD Civ., 1998, p. 76, obs. J. HAUSER ; RDSS, 1998, p. 174, obs. F. MONEGER ; RFDA, 1998, p. 562, conclusions R. ABRAHAM ; JCP G, 1998, p. 101, Chron. Droit de la famille, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, n° 5 par T. FOSSIER

<sup>16</sup> Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

<sup>17</sup> Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France

regroupement familial<sup>18</sup>. Cela même si l'examen de la situation laisse à penser que ce préfet a fait un peu de zèle en ordonnant le renvoi dans son pays d'origine un enfant de quatre ans, qui n'y avait plus aucune famille, car sa mère et ses grands-parents résidaient en France légalement. Le juge administratif a utilisé cet outil parce que la situation s'y prêtait. Ainsi, apparaît dès les premières consécutions jurisprudentielles le caractère aléatoire de la mise en œuvre de la notion.

De façon plus générale, il semble que la jurisprudence soit unanime sur le caractère heureux de cette interprétation faite par le Conseil d'Etat et que celui-ci a réitéré dans une décision du 31 octobre 2008<sup>19</sup>, dit « *Section française de l'Observation international des prisons* ».

A la lecture de cet arrêt, nous constatons le fait que la Haute juridiction dépasse un doute sérieux émis par Jean HAUSER en 1998 : « *Une chose est d'apprécier l'exercice d'un pouvoir d'appréciation de l'administration à l'aune de principes très généraux posés par une convention internationale, autre chose est d'apprécier la conformité de textes de droit interne sur les mêmes bases* ».

Il s'agit en effet très clairement d'un « *encadrement du pouvoir normatif du garde des Sceaux en matière d'isolement* »<sup>20</sup> par le biais de principes supérieurs issus du droit international. Nous observons ici, que le Conseil d'Etat adopte donc une vision très large de l'applicabilité de l'article 3.1 de la CIDE, même dans des domaines sensibles comme le droit pénitentiaire. Dans cette décision, l'article semble devenir un véritable outil pour combler les manques de la législation. Il s'agit donc d'une application conforme à l'esprit de cette règle, comme le souhaite Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI.

La Cour de cassation va mettre plus de temps à rallier cette position. En effet, pendant longtemps la jurisprudence qui prévaut en matière judiciaire a consisté à dénier à la CIDE toute force contraignante en droit interne. Seuls les états partis se seraient liés entre eux par l'effet de ce texte signé. C'est en tout cas, ce qu'on l'on peut déduire de l'arrêt du 10 mars 1993 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>21</sup>.

Cet arrêt a été abondamment critiqué par la doctrine de façon plus ou moins virulente. Il en est ainsi de l'article « *au vitriol* » de Claire NEIRINCK et Pierre-Marie MARTIN, qui est introduit de la façon suivante : « *La Cour de cassation doit-elle nous faire revenir à l'antique, célèbre et cynique apostrophe*

---

<sup>18</sup> R. ABRAHAM, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Commissaire du gouvernement, « *L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale sur les droits de l'enfant* », RFDA, 1998, p.562, conclusions sur Conseil d'Etat, 22 septembre 1997, Mlle Cinar

<sup>19</sup> Conseil d'Etat, Section du Contentieux, 31 octobre 2008, n°293785, Publié au recueil Lebon ; RFDA, 2009, p. 145, obs. C. SANTULLI ; D. 2009, p. 1918, obs. A. GOUTTENOIRE et Ph. BONFILS ; AJ Pénal, 2008, p. 500, obs. É. PECHILLON ; D. 2009, p.134, obs. M. HERZOG-EVANS

<sup>20</sup> É. PECHILLON, « *Encadrement du pouvoir normatif du garde des Sceaux en matière d'isolement* », AJ Pénal, 2008, p. 500

<sup>21</sup> Cour de cassation, première chambre civile, 10 mars 1993, n° 91-11.310 ; Rev. crit. DIP, 1993, p.449, obs. P. LAGARDE ; JCP G, 1993, n° 20, p. 3677, obs. C. NEIRINCK et P.-M. MARTIN ; D. 1994, p.34, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; D. 1993, p. 203, obs. M.-C. RONDEAU-RIVIER ; D. 1993, p. 361, obs. J. MASSIP ; RDSS, 1993, p. 533, obs. F. MONEGER ; RTD Civ., 1993, p. 341, obs. J. HAUSER

*selon laquelle les traités ne seraient que des chiffons de papier ? Peut-on allégrement sauter à pieds-joints sur un des articles les plus célèbres de la Constitution de 1958 ? »<sup>22</sup>.*

Il est d'autres articles qui sont nettement plus mesurés<sup>23</sup>, mais toujours est-il que cette querelle qui tourne autour de l'interprétation donnée par la cour régulatrice de l'applicabilité de la CIDE en droit interne et des conséquences supposées de celle-ci sur la mise en œuvre de l'article 55 de notre constitution, cache le véritable enjeu de cette décision, c'est-à-dire l'enfant<sup>24</sup>. Nous trouvons effectivement bien critiquable l'attendu de la Cour de cassation dans cet arrêt, de par son caractère très laconique, mais soutenons l'idée que la question de la place de l'enfant dans la procédure mérite que l'on s'y attarde de façon plus approfondie, afin de parvenir à une véritable réflexion sur la procédure, et non une attitude procédurale.

Cette dernière question demeure toujours aussi intéressante et aussi complexe, mais en revanche la jurisprudence de la Cour de cassation dite « Le Jeune » n'est plus, depuis l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 18 mai 2005<sup>25</sup>.

Ce qui est notable dans cet arrêt, c'est que l'espèce y est similaire à celle qui avait donné lieu à l'arrêt rendu le 10 mars 1993. Il s'agissait en effet de l'audition de l'enfant mineur dans la procédure qui oppose ses parents séparés sur l'exercice du droit de visite et d'hébergement.

L'autre élément à remarquer dans cet arrêt, c'est le visa que la première chambre civile utilise : « *Vu les articles 3-1 et 12-2 de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble les articles 388-1 du Code civil et 338-1, 338-2 du nouveau Code de procédure civile* ». Nous remarquons que l'article de la CIDE relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant y figure en première position, donnant ainsi un indice très éclairant sur l'importance que la Haute juridiction entend donner à sa décision de façon générale, et à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant de façon plus spécifique.

En effet, comme le souligne la doctrine qui commente cet arrêt<sup>26</sup>, la cassation était encourue car la mineure avait envoyé une lettre aux juges par laquelle elle demandait à être entendue. Dans ce cas, en vertu de l'article 388-1 du code civil, l'audition est de droit sauf motivation spéciale prise par les magistrats, or l'arrêt rendu par la cour d'appel ne statuait même pas sur cette question.

Nous constatons enfin dans cet arrêt du 18 mai 2005, l'utilisation combinée de plusieurs articles de la CIDE. En cela, cette jurisprudence est conforme à l'esprit de la Convention. En effet, les dispositions de la CIDE sont conçues pour être articulées ensemble. Pour reprendre l'expression de

---

<sup>22</sup> C. NEIRINCK et P.-M. MARTIN, « Un traité bien maltraité - A propos de l'arrêt Le Jeune (Cass. civ. 1, 10 mars 1993) », *Semaine juridique – édition générale*, 1993, n°20, p. 3677

<sup>23</sup> J. MASSIP, « La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne », *Recueil Dalloz*, 1993 p. 361

<sup>24</sup> J. HAUSER, « Rôle de l'enfant mineur dans les procédures », *RTD Civ.*, 1993, p. 341

<sup>25</sup> Cour de cassation, première chambre civile, 18 mai 2005, n° 02-20.613 ; *RTD Civ.*, 2005, p.750, obs. P. REMY-CORLAY ; *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 679, D. BUREAU ; *D.* 2005, p.1909, V. EGEEA ; *RTD Civ.*, 2005, p. 627, Ph. Théry ; *RDSS*, 2005, p. 814, C. NEIRINCK ; *RTD Civ.*, 2005, p. 556, R. ENCINAS DE MUNAGORRI

<sup>26</sup> P. REMY-CORLAY, « Application directe de la convention de New York relative aux droits de l'enfant » *RTD Civ.*, 2005, p.750

Jean ZERMATTEN<sup>27</sup>, on considère généralement que les articles 1 à 5 sont des articles « *umbrella* », c'est-à-dire qu'ils couvrent tous les autres, pas par leur importance, mais par l'étendue qu'ils confèrent aux autres droits garantis. En effet, ce sont ces garanties d'égalité (article 2), d'intérêt supérieur de l'enfant (article 3), de mise en œuvre des garanties par l'Etat (article 4) et de respect par celui-ci de l'autorité parentale (article 5) qui permettront par la suite à tous les autres droits d'être appliqués concrètement. On ne peut en effet pas imaginer une situation dans laquelle la mise en œuvre de n'importe lequel des autres droits garantis, serait subordonnée à la nationalité ou au sexe de l'enfant.

Pour en revenir à l'arrêt précité, la première chambre civile semble vouloir indiquer que relève de l'intérêt supérieur de l'enfant, le droit fondamental d'être entendu dans les procédures le concernant (article 12.1 de la CIDE) si celui-ci est capable de discernement. La haute juridiction prend enfin en considération l'esprit du texte.

En droit civil et en droit administratif, l'intérêt supérieur de l'enfant trouve donc à s'appliquer en tant qu'instrument d'adaptation de la règle de droit au regard d'une situation. Il est possible de faire ce constat à la lecture de l'article après la lecture de l'article L. 112-4 du CASF, qui dispose que « *L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant* ». C'est par la loi du 05 mars 2007 relative à la protection de l'enfance que la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a été explicitée en droit français.

Comme le souligne Adeline GOUTTENOIRE dans son article publié en 2007<sup>28</sup>, il existe un certain paradoxe qui résulte du fait que plusieurs lois relatives à différents aspects de l'enfance ont été adoptées le 05 mars 2007. Cela illustre bien la façon dont le législateur perçoit l'enfance, c'est-à-dire non comme une problématique avec plusieurs aspects, mais comme plusieurs problématiques séparées. Il est possible que cette position soit le ferment de nombreux échecs, aussi bien en matière de protection de l'enfance en danger, que de répression de l'enfance délinquante.

Cette difficulté de positionnement du législateur, entre faveur pour une meilleure prise en compte des enfants et répression des enfants au nom d'une logique sécuritaire est peut-être également liée aux difficultés de la définition de la notion.

L'intérêt supérieur de l'enfant est par nature flou car la CIDE elle-même n'en donne pas de définition. Certains droits y sont seulement décrits de façon négative, donc comme étant contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit ainsi du droit de l'enfant à ne pas être exposé à quelle que forme de

---

<sup>27</sup> J. ZERMATTEN, « L'intérêt supérieur de l'enfant, de l'analyse littérale à la portée philosophique », Working report 3/2003, Institut international des droits de l'enfant, p. 4

<sup>28</sup> A. GOUTTENOIRE, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance - A la recherche de nouveaux équilibres », *Recueil Dalloz* 2007, p. 1090



violence que ce soit<sup>29</sup>, du droit de l'enfant de ne pas faire l'objet de pratiques traditionnelles préjudiciables à sa santé<sup>30</sup>, du droit de l'enfant de ne pas effectuer un travail comportant des risques ou susceptible de lui nuire<sup>31</sup>, ou de subir toute autre forme d'exploitation ou d'abus<sup>32</sup>. Cela implique que l'intérêt supérieur de l'enfant commande aux états partis de tout faire pour ne pas soumettre les enfants à ce genre d'événements, autrement dit, cela implique une action positive. Par exception, le droit de l'enfant qui ne pas être indûment séparé de ses parents prévoit cette interdiction, avec une réserve immédiate, si cette séparation est « *nécessaire* ». Ainsi, même dans ce texte, une pratique vue comme mauvaise pour l'intérêt de l'enfant peut faire l'objet d'une exception dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Du point de vue des juristes, tous s'accordent à dire qu'il s'agit d'une notion vague, ce qu'ils illustrent de manière très imagée. Il s'agit donc d'une notion à « *contenu variable* »<sup>33</sup>, « *insaisissable, fuyante, changeante* »<sup>34</sup>, ou encore que l'intérêt de l'enfant ressemble à une « *boîte où chacun met ce qu'il souhaite trouver* »<sup>35</sup>. A l'inverse, peu d'entre eux se sont risqués à proposer une définition. Seul un juriste suisse, Jean ZERMATTEN<sup>36</sup> a proposé de livrer une définition qu'il formule de la façon suivante : « *L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence* »<sup>37</sup>.

Ce que nous retenons de cette proposition de définition est qu'il s'agit plus d'une énumération d'affirmations peu éclairantes sur la nature de la notion, si ce n'est qu'elle serait une « *unité de mesure* » à destination des instances publiques quand celles-ci doivent prendre une décision relative à un enfant. Il y manque de façon évidente une référence aux titulaires de l'autorité parentale. Ici, seul l'Etat semble avoir la charge de veiller au respect des droits des enfants dans leurs intérêts supérieurs.

Nous remarquerons par ailleurs, que le législateur lui-même, dans l'article L. 112-4 du CASF, ne se risque pas à donner une définition très précise, se contentant d'énumérer les éléments qui doivent constituer un « *guide* » pour la prise de toutes les décisions qui concernent l'enfant. Un lecteur un peu

---

<sup>29</sup> Article 19 de la CIDE

<sup>30</sup> Article 24 de la CIDE

<sup>31</sup> Article 32 de la CIDE

<sup>32</sup> Article 33 à 36 de la CIDE

<sup>33</sup> J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variables en droit*, C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles, 1984, p. 99, spéc. p. 104

<sup>34</sup> O. BOURGUIGNON, J.-L. RALLU, I. THERY, Du divorce et des enfants, INED, 1985, p. 34, par I. THERY

<sup>35</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249, spéc. p. 265

<sup>36</sup> Jean ZERMATTEN, né en 1948, est un juriste suisse spécialisé en droit de l'enfant et de la famille. Il a été président du Comité des droits de l'enfant de l'ONU (2011-2013), il est le fondateur de l'Institut international des droits de l'enfant et il a contribué à l'écriture de nombreux textes de loi en Suisse

<sup>37</sup> J. ZERMATTEN, op. cit. n° 27, p. 15

cynique du CASF trouverait sans doute qu'il s'agit là d'une très belle déclaration d'intention, comme le législateur en a le secret.

Ce qui ressort de façon certaine, grâce à une étude purement littérale des termes de la notion, c'est tout d'abord que l'intérêt c'est « *ce qui importe* », une considération d'ordre moral, avant toute qualification, qui concerne ou préoccupe une personne<sup>38</sup>. Appliqué plus spécifiquement à l'enfant, « *le mineur* »<sup>39</sup>, l'intérêt de l'enfant, c'est « *ce que réclame le bien de l'enfant, critère par exemple de l'exercice de l'autorité parentale (article 373-2-1 du code civil)* »<sup>40</sup>. Enfin, ce qui est supérieur, c'est « *ce qui est situé au-dessus, d'un degré plus élevé, qui surpasse les autres* »<sup>41</sup>.

Les difficultés liées à cette notion ne sont pas propres au droit français. Ainsi, nous observons que la législation irlandaise, ainsi que la législation anglaise procèdent, comme pour le CASF, à une énumération d'éléments qui constituent l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, la législation irlandaise comprend l'intérêt supérieur de l'enfant comme « *le bien-être religieux, moral, intellectuel, physique et social* »<sup>42</sup>.

Le droit anglais est encore plus précis, puisqu'il dresse une liste de 10 circonstances permettant de déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, en considération des besoins de l'enfant et de ces circonstances précises<sup>43</sup>. Ce qui est intéressant, dans le cas de ce texte, est qu'il poursuit par une affirmation négative selon laquelle : « *un accord n'est pas pris dans l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il ne protège pas, dans la mesure du possible, sa sauvegarde physique, psychologique, émotionnelle ainsi que sa sécurité et son bien-être* »<sup>44</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant tient donc dans un ensemble de considérations relatives à l'enfant lui-même et aux circonstances qui entourent la décision. Tous ces éléments sont immédiatement tempérés par l'emploi de l'expression « *dans la mesure du possible* ». Il semblerait donc que l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas un intérêt qui prime les autres intérêts en présence, mais qui doit au contraire être concilié. La supériorité ne tient pas donc à la domination d'une chose sur une autre, mais plus à l'importance qu'il faut donner aux intérêts de l'enfant. A cet égard, nous remarquons que la terminologie anglaise pour la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est l'expression « *best interests of child* ». Sans que l'anglais soit notre langue maternelle, cette formulation retient notre attention, car elle est plus accessible. Ce qui est meilleur c'est ce qui sous-

---

<sup>38</sup> G. CORNU, « intérêt », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> édition mise à jour Quadriga, 2011, p. 560

<sup>39</sup> G. CORNU, op. cit. n°38, « enfant », p. 396

<sup>40</sup> G. CORNU, op. cit. n° 38, « intérêt de l'enfant », p. 561

<sup>41</sup> Dictionnaire des noms propres et des noms communs, « supérieur », in *le Larousse de poche*, Larousse-Bordas, 1998, p. 756

<sup>42</sup> Part 1, Section 2, Irish Guardianship of Infants, Act 1964. "Welfare: in relation to an infant, comprises the religious and moral, intellectual, physical and social welfare on the infant"

<sup>43</sup> Bill 16-2011. Family Law Act. Part 4. Division 1, n°37

<sup>44</sup> Bill 16-2011. Family Law Act. Part 4. Division 1, n°37: "3) An agreement or order is not in the best interests of a child unless it protects, to the greatest extent possible, the child's physical, psychological and emotional safety, security and well-being"

entend une conciliation, un équilibre, alors que ce qui est supérieur, c'est ce qui est au-dessus qui domine, sans faire de concession.

Si toutes les législations européennes ne se réfèrent pas à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>45</sup>, elles connaissent le plus souvent la notion sous une autre terminologie. Ainsi, les lois adoptées par le Bundestag allemand le 25 septembre 1997 ont préféré les termes « *biens de l'enfant* » (« *Wohl des Kindes* »), sous la formule suivante : « *Pour le bien de l'enfant, le maintien du contact avec ses deux parents est de droit* »<sup>46</sup>.

Comme le souligne Gwenaëlle HUBERT-DIAS, « *les terminologies sont donc variées, mais les différences relevées ont peu d'impact* »<sup>47</sup>.

Ces observations ne permettent pas de faire émerger une définition précise de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Quelle déception pour un juriste de ne pas pouvoir définir une idée, ni mettre une petite étiquette dessus. On sait néanmoins, que la notion tend à s'adresser à toutes les matières juridiques où des décisions peuvent être prises pour un mineur, pour la simple raison que la CIDE ne définit pas son champ d'application. Ce texte présente seulement l'objet de ses attentions, qui est l'enfant. L'article 1 de la Convention indique à cet égard que l'enfant « *s'entend de 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* »<sup>48</sup>. De ce fait, si le domaine de prédilection d'application de la notion est le droit de la famille, le droit pénal et la procédure pénale n'y sont pas étrangers. Cependant, au regard de ce qui a déjà été présenté, la recherche d'une définition que personne ne semble trouver, ne paraît plus si intéressante.

Si la question de l'intérêt supérieur de l'enfant se pose en droit pénal, c'est que le terrain n'est pas réellement exploité. Pourtant, le droit pénal au sens large, ne se désintéresse pas des mineurs, bien au contraire, puisque depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, les enfants délinquants sont vus comme des délinquants différents.

La différence ne vient pas tant dans une différenciation dans l'appréciation de la réunion des trois éléments constitutifs de l'infraction, que sont l'élément légal, l'élément moral et l'élément intentionnel, mais plus dans la façon dont les institutions réagissent une fois que l'infraction a été commise. Le maître-mot en droit pénal des mineurs est donc la différenciation, qui se retrouve aussi bien dans la procédure applicable que dans le prononcé des peines. L'intérêt supérieur de l'enfant serait-il l'idée sous-jacente de cette différenciation opérée ? Celle-ci n'est pas du tout une idée nouvelle puisque le droit romain lui-même la connaissait.

---

<sup>45</sup> G. HUBERT-DIAS, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale*, Epure, 2017, p. 44

<sup>46</sup> Article 1626, 3) du Code civil allemand : « *Zum wohl des Kindes gehört in der regel des umfang mit beiden elternteilen* »

<sup>47</sup> Op. cit, même page

<sup>48</sup> Article 1 de la CIDE

Ainsi, dans une société fondée sur l'ordre social, où l'enfant n'existe pas en tant que sujet, puisqu'il est la propriété de son père<sup>49</sup>, on voit apparaître les prémices d'une protection de l'enfance délinquante. Cette différence se retrouve dans le traitement différent de celui qui est infligé aux adultes, mais pas en revanche dans l'existence de juridictions spécialisées. La limite apparaît dès lors que le mineur a commis une infraction particulièrement grave puisque dans ce cas-là, ce qui prévaut c'est l'adage *malitia supplet aetatum*<sup>50</sup>, autrement dit, la *malice supplée l'âge*. Cette question du seuil demeure en droit pénal des mineurs français une préoccupation majeure, et parfaite s'agissant de l'application de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

De plus, en droit civil, nous avons constaté que l'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument de mesure qui doit permettre de placer l'enfant « *dans la posture d'un objet de protection en même temps qu'un sujet de droit* »<sup>51</sup>.

C'est l'intérêt essentiel de la découverte de cette notion, celle de l'émergence des intérêts de l'enfant dans les décisions qui le concerne même si celui-ci n'est pas partie à la procédure. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant est assez souple pour s'adapter à la structure du procès civil, mais l'est-elle pour le procès pénal ?

Il n'y a pas de différence sémantique de sens entre les termes « d'enfant » et de « mineur », mais une différence d'image. L'enfant, a une connotation positive et correspond aux termes employés par les textes internationaux. En revanche, le mineur a une connotation assez négative. Le droit applicable vaut donc pour les mineurs, pourtant, l'ordonnance du 02 février 1945, parle bien « d'enfance délinquante ». Certains professionnels ont par ailleurs montré leur attachement à ce terme, lors de la proposition de réforme opérée par la Commission Varinard<sup>52</sup>.

### **Ce qui se joue c'est la place de la notion : l'intérêt supérieur de l'enfant peut-il primer en droit pénal français ?**

De l'étude du droit positif français, ce qui ressort n'est pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Il est indéniable que le guide du législateur en 1945 est l'intérêt de l'enfant. Au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, Pierre GARRAUD indique qu'il faut envisager les dispositions relatives à l'enfance délinquante « *au point de vue des intérêts solidaires de la société et de l'enfant* »<sup>53</sup>. Dans un esprit de reconstruction d'après-guerre les rédacteurs de l'ordonnance du 02 février 1945 vont donc prévoir une procédure pénale

---

<sup>49</sup> D. YOUF, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, n°11, Printemps 2011

<sup>50</sup> Code justinien 2, 43, 3

<sup>51</sup> J. ZERMATTEN, op. cit. n° 27, p. 5

<sup>52</sup> André VARINARD, « Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs »

<sup>53</sup> C. LAZERGES, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 2 février 1945 », *RSC*, 1995, p. 149

adaptée reprenant des principes issus de textes adoptés sous la Troisième République. Il s'agit d'un point de vue très novateur, où la procédure doit permettre d'accompagner l'enfant sur le chemin de redressement moral et éducatif.

Malgré les évolutions législatives qui suivront, en droit pénal des mineurs, le maître-mot, pour ainsi dire, tient dans les pouvoirs d'adaptation de la procédure (**partie 1**). Ces adaptations reprennent le fil du procès pénal sur un modèle inquisitoriale comme pour les majeurs, mais elles laissent plus de place à la pratique pour mettre en œuvre des mesures adaptées à la personnalité de chacun des mineurs. Le droit pénal des mineurs délinquants inspire également des adaptations pour les mineurs victimes, et pour les délinquants majeurs. D'une certaine manière, ce sont des procédures pénales des mineurs qui se développent progressivement.

Néanmoins, il faut relever que le droit pénal des mineurs n'a pas surgi ex nihilo. En effet, le principe d'atténuation de la responsabilité des mineurs est connu de très nombreuses civilisations. Ces principes se sont progressivement mélangés pour aboutir à l'ordonnance de 1945, ce qui n'enlève rien au fait que les juridictions se servent toujours des principes fondamentaux du droit pénal général (**partie 2**). Ainsi, ceux qui n'ont pas besoin d'être adaptés telle que la présomption d'innocence, sont repris sans difficulté. Suite à l'émergence de principes propres aux mineurs, le droit commun ne disparaît pas totalement, il sert même à combler les vides, afin de garantir la protection des mineurs, dans leur intérêt.

L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas une notion opérationnelle en droit pénal français car l'intérêt de l'enfant est déjà pris en compte au travers du principe d'adaptation des procédures. Il n'est pas non plus nécessaire, car lorsque les principes spéciaux sont insuffisants, les principes généraux s'appliquent de façon plus adéquate.

# **Partie 1 : Les pouvoirs d'adaptation des procédures pénales relatives aux mineurs**

« *Devant l'enfant, la décision judiciaire n'est valable que si elle exprime un acte de solidarité et d'amitié* »<sup>54</sup>.

C'est grâce à ce genre de considérations humanistes que le droit pénal des mineurs est né après la fin de la Seconde guerre mondiale. Cela manifeste la sensibilité de certains juristes pour une mise en perspective des intérêts en présence que le mineur soit délinquant ou victime. L'enfant en tant qu'unité de base de la société présente une trop grande importance pour que le droit n'en tire aucune conséquence. La reconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant a opéré en droit civil, peut-être parce que la procédure civile ne connaît pas de principe lui permettant de s'adapter aux besoins spécifiques des mineurs, ceux-ci étant juridiquement incapables<sup>55</sup>. Le mineur n'est donc jamais à lui seul une partie à la procédure, il est toujours représenté par les titulaires de l'autorité parentale. A l'inverse, l'ordonnance du 02 février 1945<sup>56</sup> adopte en la matière une philosophie unique, tout comme le font, le code pénal et le code de procédure pénale d'une façon plus générale. Cette philosophie repose en effet sur un principe d'adaptation à la psychologie des mineurs. Ici, le droit pénal n'est pas que punitif, il tente également d'être éducatif, afin de permettre une resocialisation du mineur qui le détournera du chemin de la délinquance. Dès l'après-guerre, cette idée que la répression face à la délinquance des mineurs n'est pas l'unique solution, est déjà acquise. C'est plus progressivement qu'un droit pénal adapté aux problématiques des mineurs victimes apparaîtra. Dans cette matière, les adaptations sont plus ponctuelles, mais elles sont extrêmement représentatives de l'état d'esprit du législateur en matière de protection des mineurs.

L'ordonnance reprend ainsi les dispositifs de procédure ce qui n'inclut pas du tout la notion d'intérêt supérieur de l'enfant (**chapitre 1**), ce qui se confirme de manière éclatante en matière de préservation des victimes mineurs (**chapitre 2**).

---

<sup>54</sup> J. CHAZAL, *L'enfance délinquante*, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1967

<sup>55</sup> Article 414 de code civil : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.* »

<sup>56</sup> Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ; JO du 4 février 1945, p. 530

# **Chapitre 1 : La chaîne pénale applicable aux mineurs délinquants exclusive de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant**

Comme certains auteurs ont pu l'évoquer, l'ordonnance de 1945 est une véritable « charte » de la jeunesse délinquante<sup>57</sup>. Ici, le mineur revêt une dimension particulière qui le place quelque peu en marge de la société pour deux raisons. Tout d'abord, parce que le fait de commettre une infraction porte atteinte à la société, mais également parce que leur âge et leur degré de maturité les rend moins susceptibles de comprendre une sanction.

Comme le souligne Jean-François RENUCCI, l'amélioration de la protection de ces mineurs est rendue possible par la création du tribunal pour enfant et la création d'un juge spécialisé, le juge des enfants<sup>58</sup>. Cette spécialisation des juridictions est un des principes généraux de ce texte, tout comme la primauté de la voie éducative sur la voie répressive et l'aménagement de la responsabilité des mineurs. Le maître-mot semble donc être l'aménagement, plutôt que l'intérêt supérieur de l'enfant. On ne cherche pas à trouver une solution parmi des intérêts antagonistes. Les principes et la structure du procès pénal sont en place, les intérêts sont bien identifiés. Il y a celui de la société, dont l'ordre public a été troublé par l'infraction, celui du mineur, présumé être l'auteur de ce trouble et enfin, il y a la victime. Nul intérêt ne doit primer un autre, car la justice est une affaire d'équilibre.

L'économie générale du texte était donc basée sur la volonté du Gouvernement provisoire de « *protéger efficacement les mineurs* »<sup>59</sup>. La procédure pénale applicable aux mineurs doit donc être encore plus protectrice, alors même que la procédure pénale est déjà généralement considérée comme un droit protecteur de la personne, par opposition au droit pénal spécial qui est un droit sanctionnateur. Elle est dans la droite ligne de la théorie de la défense sociale nouvelle<sup>60</sup>, où la peine doit être un instrument de politique criminelle au service de la réadaptation et de la réinsertion du condamné.

Cette notion de protection se retrouve dans l'organisation du procès du mineur délinquant (**section 1**), tout autant que dans la palette de réponses pénales exceptionnellement larges (**section 2**).

## **Section 1 : L'organisation du procès du mineur délinquant**

Au titre des dispositions générales, l'ordonnance du 02 février 1945 prévoit en son article 1 que « *Les mineurs auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit ne seront pas déférés aux juridictions pénales de droit commun, et ne seront justiciables que des tribunaux pour enfants ou des*

---

<sup>57</sup> C. LAZERGES, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC*, 2008, p. 200

<sup>58</sup> J.-F. RENUCCI, *Le droit pénal des mineurs*, PUF, coll. Que sais-je ?, 3<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 54

<sup>59</sup> Exposé des motifs de l'ordonnance du 02 février 1945

<sup>60</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Edition Cujas, 1954

*cours d'assises des mineurs. Ceux auxquels est imputée une contravention de police de cinquième classe sont déférés aux juridictions pour enfants dans les conditions prévues à l'article 20-1* ». La place de cette disposition illustre la logique du législateur dans sa volonté d'adapter la procédure. Ainsi, ce ne sont pas que des règles procédurales amoindries ou renforcées, ce sont tout d'abord des acteurs dédiés.

Cette organisation, qui permet d'assurer la protection du mineur, va bien plus loin qu'une simple conciliation sur la base de l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant, car elle permet d'articuler le privilège de juridiction (I), avec la mise en œuvre de principes directeurs renforcés qui garantissent au mineur la mise en œuvre d'un procès équitable (II).

### **I. Un privilège de juridiction protecteur**

François TOURET DE COUCY qualifie le contenu de l'article 1 de l'ordonnance du 02 février 1945 de « *privilège de juridiction* »<sup>61</sup>.

Selon le *Vocabulaire juridique*, un privilège de juridiction est un « *droit pour certaines personnes d'être jugées pour les infractions prétendument commises par une juridiction à laquelle la loi attribue exceptionnellement une compétence* »<sup>62</sup>. En matière pénale, on pense principalement au privilège de juridiction instauré par l'article 68 de la Constitution de 1958. L'interprétation faite par la Cour de cassation des alinéas 1 et 2 combinés, interdit au ministère public ou aux particuliers de mettre en mouvement l'action publique à l'encontre d'un membre du gouvernement pour des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, devant les juridictions répressives de droit commun<sup>63</sup>.

Le privilège de juridiction des mineurs instauré pour assurer leur protection, sous-tend la spécialisation des juridictions dans ce contentieux (A), mais a connu ces dernières années de nombreuses évolutions au travers de celle du rôle du parquet (B).

#### **A) Le principe de spécialisation des juridictions répressives pour mineurs**

Comme le relève Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, « *le souci d'assurer une prise en compte effective du particularisme du droit pénal des mineurs se traduit par une spécialisation des juridictions répressives chargées de juger les mineurs délinquants* »<sup>64</sup>. Cette position semble partagée par le Conseil constitutionnel<sup>65</sup> et par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>66</sup>. Pourtant, ce sont ces mêmes instances qui ont provoqué des évolutions très marquantes dans la pratique des juges des enfants.

---

<sup>61</sup> F. TOURET DE COUCY, « Enfance délinquante », *Rep. droit pénal et procédure pénale*, actualisation janvier 2018, p. 11

<sup>62</sup> Op., cit. n°38, « juridiction (privilège de) », p. 586

<sup>63</sup> A. VITU, « La compétence exclusive de la Haute Cour à l'égard des ministres », *RSC*, 1992, p. 570, commentaire de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 octobre 1991 – n° 91-81.119

<sup>64</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2014, 2<sup>ème</sup> édition, p. 936

<sup>65</sup> Conseil constitutionnel, 11 août 1993, n° 93-326 DC, *Loi modifiant la loi du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale*, JO 15 août 1993, p. 11599

<sup>66</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 15 juin 2004, *SC contre Royaume-Uni*



Nous observons ainsi le passage d'une vision originelle d'un juge omnipotent (1), vers l'utilisation de l'impartialité pour moderniser la fonction (2).

### 1- Une vision originelle du juge des enfants omnipotent

La pratique judiciaire en matière de mineurs conduit souvent à ce que ces mineurs aient « leur » juge. S'ils considèrent ce juge comme un intervenant familial, c'est parce que le juge des enfants a une double compétence depuis l'ordonnance du 23 décembre 1958<sup>67</sup>. Ce n'est certes pas une volonté de l'ordonnance du 02 février 1945, mais cette spécialisation est un véritable atout pour l'action des juges des enfants, qui peuvent ainsi obtenir la confiance voire une plus grande coopération des mineurs.

Nous observons en effet que le juge des enfants intervient tant en matière pénale, lorsqu'un mineur est soupçonné d'avoir commis une infraction (article L. 252-5 du code de l'organisation judiciaire), qu'en matière civile pour des mesures d'assistances éducatives (article L. 252-2 du COJ). La compétence pénale que l'ordonnance du 02 février 1945 lui confie dès l'origine, mais cette évolution permet aux juges d'avoir un regard d'ensemble sur la vie de certains mineurs, dont la vie est marquée par une prise en charge au titre de l'assistance éducative puis, par des comportements de délinquants juvéniles. S'il est impossible d'évaluer cette proportion, les professionnels de l'enfance délinquante font souvent remarquer que les mineurs les plus « abîmés » sont souvent ceux qui ont eu un long parcours au sein de l'aide sociale à l'enfance.

L'autre élément qui fait du juge des enfants un juge spécialisé, c'est qu'il intervient tout au long de la chaîne pénale. Il remplit en effet les fonctions de juge d'instruction, ce qui lui permet d'enquêter<sup>68</sup>, mais également de président du tribunal pour enfant, et enfin de juge d'application des peines.

Cette spécialisation permet d'assurer un suivi large du mineur délinquant tout au long de la procédure<sup>69</sup>, c'est notamment la raison pour laquelle la loi du 09 mars 2004 confie pleinement aux magistrats occupant la fonction de juge des enfants, la possibilité de mettre en œuvre les dispositifs de milieu ouvert ou de milieu fermé<sup>70</sup>.

Récemment, ce qui a le plus évolué, c'est la possibilité pour le juge des enfants qui a mené l'instruction de présider également la juridiction de jugement.

---

<sup>67</sup> Ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 *relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger* ; JO n°0300, 24 décembre 1958, p. 11770

<sup>68</sup> Article 8, alinéa 1 de l'ordonnance du 02 février 1945 : « *Le juge des enfants effectuera toutes diligences et investigations utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et à la connaissance de la personnalité du mineur ainsi que des moyens appropriés à sa rééducation* ».

<sup>69</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1460, p. 942

<sup>70</sup> P. BONFILS, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *Dalloz*, 2007, p. 1027

## 2- La modernisation de la fonction grâce à la notion d'impartialité

En effet, avant la loi du 26 décembre 2011, l'article L. 251-3 du COJ prévoyait la composition du tribunal pour enfant comme comprenant le président du tribunal pour enfant, c'est-à-dire le juge des enfants, qui avait procédé au renvoi de l'affaire devant une juridiction. Alors que cette exception notable au droit commun<sup>71</sup> avait été validée, par plusieurs arrêts de la Cour de cassation<sup>72</sup>, mais également de façon plus timide par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>73</sup>, le Conseil constitutionnel en a décidé autrement<sup>74</sup>. Il déclare inconstitutionnelle la composition de cette juridiction, obligeant le législateur à poser le principe selon lequel « *le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants ne peut présider cette juridiction* »<sup>75</sup>.

Jean PRADEL a écrit en 1993<sup>76</sup>, un article qui indique que l'ancienne pratique ne choquait personne, à tel point que la chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait jamais eu à se prononcer dessus. Dans cet article, il se réfère à un autre article, qu'il avait lui-même écrit en 1990<sup>77</sup>, où il détaille les raisons pour lesquelles selon lui cette exception est « *très justifiée* ». Il exprime son idée selon laquelle, cette exception a cours tout simplement parce que le juge des enfants est celui qui connaît le mieux le mineur.

A l'inverse, le Conseil constitutionnel affirme que ce cumul de compétences « *porte au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution* ». Le principe d'impartialité découle pour la jurisprudence constitutionnelle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Il est très intéressant de voir que l'idée de protection du mineur guide l'attribution de compétences des juges des enfants. Pourtant, au fil du temps, le fondement évolue entre nécessité de connaissance de la psychologie du mineur en premier lieu, puis nécessité de garantir l'impartialité des juridictions et par là, le droit à un procès équitable, mais en aucune manière, il ne s'agit de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette notion ne dirige pas plus le rôle du parquet des mineurs, dont la spécificité est moins la spécialisation que l'application spécifique de dispositions générales.

---

<sup>71</sup> Article préliminaire du code de procédure pénale, envisagé au travers du droit à un procès équitable, introduit par la loi du 15 juin 2000

<sup>72</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 07 avril 1993, n° 92-84.725 ; obs. M. HUYETTE, « Commentaire de l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, Procureur général près la cour d'appel de Reims », *RSC*, 1994, p. 67 ; obs. F. MONEGER, « Composition du tribunal pour enfant. Intervention du même magistrat aux différents stades de la procédure. Non contrariété avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDSS*, 1994, p. 144 ; voir également Cour de cassation, chambre criminelle, 08 novembre 2000, n° 00-80.377

<sup>73</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 24 août 1993, n° 13924/88, *Nortier contre Pays-Bas*

<sup>74</sup> Conseil constitutionnel, décisions QPC du 08 juillet 2011, n° 2011-147 QPC

<sup>75</sup> Article L.251-3, alinéa 2 du COJ tel que modifié par la loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011

<sup>76</sup> J. PRADEL, « La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement », *Dalloz*, 1993, p. 553, note sous l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 07 avril 1993 (n° 92-84.725)

<sup>77</sup> J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC*, 1990, p. 692

## **B) La spécialisation du parquet par l'application spécifique de dispositions générales**

Conformément à l'article 31 du code de procédure pénale<sup>78</sup>, le parquet désigne l'ensemble des magistrats du ministère public chargé à ce titre d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi pénale. La spécialisation des membres du parquet des mineurs est moins forte que celle des juges des enfants, en vertu du principe d'indivisibilité du ministère public. Néanmoins, l'article R. 212-13 du COJ<sup>79</sup> prévoit que dans tous les TGI dans le ressort desquels il y a un tribunal pour enfant, le procureur général doit désigner spécialement un ou plusieurs membres du parquet qui seront chargés des affaires concernant les mineurs<sup>80</sup>. Cette organisation permet à ces magistrats d'assurer une mission de continuité de l'action pénale (1) en corrélation avec les spécificités de la procédure pénale relative aux mineurs et une application réfléchie des procédures accélérées (2).

### **1- Une mission de continuité de l'action pénale**

La spécialisation des acteurs de la procédure pénale des mineurs implique une politique pénale particulière, faute de quoi cette même spécialisation n'aurait pas vraiment de sens. Afin de garantir la mise en œuvre d'une politique pénale cohérente, la circulaire du 13 décembre 2002<sup>81</sup> prévoit expressément que chaque parquet doit mettre en place un document spécifique aux problématiques soulevées localement par les mineurs délinquants. Cela permet de formaliser la politique pénale décidée afin d'assurer la continuité de l'action pénale<sup>82</sup>. Pour tous les membres du parquet, il s'agit de mettre en œuvre les mêmes priorités et modalités d'exercice des poursuites. Jean VOLFF, avocat général honoraire à la Cour de cassation, indiquait à cet égard dans un article<sup>83</sup> que plusieurs étapes doivent être respectées afin d'établir une bonne politique générale. C'est dans la construction de cette réflexion pratique que les membres des juridictions spécialisées intègrent les particularités de la procédure s'agissant des délinquants mineurs.

Désormais une telle politique, pour qu'elle soit efficace, particulièrement dans le domaine des mineurs, ne peut se contenter d'envisager le volet répressif seul. Même spécialisée, elle doit être envisagée d'un point de vue plus global. C'est ce qui fait des représentants du ministère public, tout particulièrement les membres des parquets mineurs, des personnages incontournables de la politique pénale locale de lutte contre la délinquance.

---

<sup>78</sup> Article 31 du code de procédure pénale : « *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu.* »

<sup>79</sup> Article R. 212-13 du COJ : « *Au sein de chaque tribunal de grande instance dans le ressort duquel un tribunal pour enfant a son siège, un ou plusieurs magistrats du parquet désignés par le procureur général sont chargés spécialement des affaires concernant les mineurs.* »

<sup>80</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n°1450, p. 933

<sup>81</sup> Circulaire CRIM n° 2002-17 du 13 décembre 2002 relative à la politique pénale en matière de délinquance des mineurs

<sup>82</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n°61, p. 16

<sup>83</sup> J. VOLFF, « *Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet* », *Dalloz*, 2009, p. 317

Cette dynamique se concrétise par le fait que ces parquets des mineurs deviennent partie prenante des contrats locaux de sécurité, dont la mise en œuvre est assurée au quotidien par les CLSPD. Cette politique participe d'une volonté des pouvoirs politiques de mettre en œuvre une réponse pénale immédiate et systématique, également aux travers des procédures alternatives.

## 2- Une application réfléchie des procédures accélérées

Le parquet est chargé de déclencher l'action publique lorsque celui-ci reçoit l'information qu'un fait a été commis. Dès lors, tout doit aller très vite et le magistrat de permanence doit prendre une décision, c'est le traitement en temps réel des infractions (TTR). Il faut remarquer ici que le magistrat n'est pas forcément un magistrat spécialisé, pour des raisons d'organisation. Ce moment très intense à une influence considérable sur le déroulement de la procédure puisque le substitut doit prendre une décision conciliant l'opportunité des poursuites<sup>84</sup> et le principe de systématisme de la réponse pénale. Ce système présente une mince souplesse, afin de lui permettre d'adapter sa réponse au mineur, toujours dans une optique de protection de celui-ci.

La loi du 09 mars 2004 vient ainsi encadrer la voie du classement sans suite<sup>85</sup>. Dès lors, le véritable choix pour le procureur se situe entre l'engagement des poursuites ou la mise en œuvre d'une mesure alternative aux poursuites (article 41-1 du code de procédure pénale), ou la composition pénale (article 41-2 du code de procédure pénale).

Se pose alors la question des éléments qui guident ce choix. Leurs expériences président le choix de mesures dont il faut dire qu'on ne sait pas bien déterminer le régime<sup>86</sup>. Les professionnels spécialistes pourront alors tenter de mettre en œuvre différentes mesures, comme la médiation pénale. Il est possible de supposer que l'article 41-1 est spécialement visé par l'article 7-1 de l'ordonnance du 02 février 1945, car le système ainsi introduit par le législateur présente un caractère d'apaisement<sup>87</sup>. Le procureur du parquet des mineurs agit ici en association avec les parents dans le but d'engager une réflexion chez le mineur afin que celui-ci s'amende et ne récidive pas.

Les détracteurs de cette politique qui prônent une « tolérance zéro »<sup>88</sup> ne comprennent pas les effets bénéfiques de la spécialisation. En témoigne ainsi la création des tribunaux correctionnels pour mineurs par la loi du 10 août 2011<sup>89</sup>, qui ont permis de juger dans des instances composées d'un juge des enfants et de deux autres magistrats non spécialisés, dans l'idée que ces juridictions seraient plus sévères. Cette nouvelle juridiction était réservée aux mineurs de plus de 16 ans, ayant commis en état de récidive légale

---

<sup>84</sup> Article 40 du code de procédure pénale : « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1.* »

<sup>85</sup> Article 40-1 du code de procédure pénale : « *3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.* »

<sup>86</sup> M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites », *RSC*, 2012, p. 505

<sup>87</sup> J.-B. PERRIER, « Médiation pénale », *Rep. pénal et procédure pénale*, 2013, n°7, p. 4

<sup>88</sup> C. LAZERGES, *op. cit.* n° 57

<sup>89</sup> Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

des délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement. Un nouveau gouvernement a au contraire adopté la suppression de ce tribunal correctionnel pour mineurs<sup>90</sup>.

La spécialisation des juridictions pénales permet d'appliquer le droit de façon humaniste, ce qui n'a rien à voir avec du laxisme. Cela ne relève pas non plus de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisqu'il ne s'agit pas d'adapter le système en fonction des situations, mais plutôt d'établir un système cohérent de protection globale des intérêts des mineurs, même si le fondement évolue en fonction des différentes influences jurisprudentielles. La protection de ces intérêts passe également par les garanties afférentes au procès, notamment le droit à un procès équitable.

## **II. La mise en œuvre du droit à un procès équitable**

Jean CHAZAL affirmait que « *quand un enfant vole un vélo, ce n'est pas au vélo qu'il faut s'intéresser mais à l'enfant* »<sup>91</sup>. Les garanties liées au procès relèvent de cette logique puisqu'elles poussent le législateur à adopter un cadre qui doit permettre à tous les individus d'être jugés dans de bonnes conditions. Il s'agit d'éviter que les individus soient traités plus ou moins sévèrement pendant le déroulement du procès en fonction de l'infraction commise.

De manière générale, on peut dire que les principes directeurs du procès des mineurs délinquants suivent ceux du procès pénal des délinquants majeurs. Les exigences de protection du mineur ont cependant poussé le législateur à aller plus loin dans l'application de certains de ces principes. Cela peut se faire au travers du choix fait par le législateur d'une adaptation de la procédure juridictionnelle ou une spécialisation des juridictions<sup>92</sup>. Ainsi, comme le souligne Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE dans leur ouvrage, ces options sont souvent cumulées, voire entremêlées, ce qui conduit d'un côté à certains aménagements, et de l'autre côté, à l'émergence de principes très spécifiques<sup>93</sup>.

En laissant de côté cette distinction, il est possible de considérer que si les mineurs nécessitent d'être particulièrement protégés, c'est pour garantir qu'ils bénéficieront eux aussi d'un procès équitable. Ainsi sous l'impulsion forte de la Cour européenne des droits de l'homme, ce n'est pas la notion d'intérêt supérieur de l'enfant qui a particulièrement influencé le droit à l'assistance d'un avocat (**A**), qui supposerait des interprétations *in concreto* des principes directeurs mais le droit à un procès équitable, ce qui a paradoxalement conduit à un certain affaiblissement du principe de publicité restreinte (**B**).

---

<sup>90</sup> Article 29 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de *modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle* ; JO n°0269, 19 novembre 2016, texte n° 1

<sup>91</sup> J. CHAZAL, op. cit. n°54

<sup>92</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1479, p. 963

<sup>93</sup> P. BONFILS, « Les juridictions répressives pour mineurs », *Droit de la famille*, 2006, études n°35

## A) L'importance du droit à l'assistance d'un avocat

La place de l'avocat dans le procès pénal est particulière à plusieurs égards, notamment parce qu'il est le seul acteur non étatique de ce type de procès. Sa place et son intervention sont sujets à beaucoup de débats parmi les professionnels, et ont connu un certain nombre d'évolutions légales. François TOURET DE COUCY indique à cet effet que « *le schéma de l'ordonnance du 2 février 1945, qui reposait sur la figure inquisitoriale du juge des enfants, se méfiait de l'avocat* »<sup>94</sup>.

Cette époque est révolue, puisque depuis la loi du 04 janvier 1993<sup>95</sup> complétée par celle du 24 août 1993<sup>96</sup>, le mineur poursuivi doit être assisté par un avocat<sup>97</sup>. Le législateur a ainsi décidé de mettre en conformité le droit français avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'agit donc d'une obligation légale sur laquelle la Cour de cassation veille beaucoup, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme.

Les questions que pose l'intervention de l'avocat dans la procédure demeurent cependant, et se retrouvent ainsi principalement dans l'intervention de l'avocat pendant la garde à vue (1), ce qui contraste avec le régime de l'audition libre (2).

### 1- L'intervention désormais obligatoire de l'avocat pendant la garde à vue du mineur

En procédure pénale, la problématique n'est définitivement pas celle de la participation de l'avocat lors de l'audience devant le juge, que tous les instruments internationaux<sup>98</sup> affirment avec force, aussi bien pour les majeurs que pour les mineurs. Le débat qui demeure est celui du moment de l'intervention de l'avocat dans le processus.

Il est possible d'envisager le moment de l'intervention de l'avocat de deux façons. La première, où l'avocat intervient au début de la garde à vue, et prend dès lors une position de soutien moral et juridique. La deuxième, où l'avocat intervient à la fin de la garde à vue, et endosse le rôle de contrôleur des travaux finis, c'est-à-dire qu'il vérifie simplement que les droits de la personne ont bien été respectés par les forces de l'ordre ayant procédé à l'exécution de la mesure de contrainte.

Désormais, la reconnaissance du droit d'être assisté par un avocat tout au long de la procédure ne fait plus aucun doute. Il aura tout de même fallu que plusieurs institutions rendent des décisions

---

<sup>94</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n°61, p. 27

<sup>95</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 *portant réforme de la procédure pénale* ; obs. D. SALAS, « Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs ? », RSC, 1993, p. 238

<sup>96</sup> Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 *modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*

<sup>97</sup> Article 4-1 de l'ordonnance du 02 février 1945, tel que modifié par l'article 110 de la loi du 04 janvier 1993

<sup>98</sup> Pour exemple, les articles 37(d) et 40.2 (b) de la CIDE / article 15.1 des Règles de Beijing / article 6§3 de la CEDH

défavorables<sup>99</sup> pour que le législateur français réagisse avec la loi du 14 avril 2011<sup>100</sup>. Cette loi n'a cependant pas comme priorité la protection des mineurs. En effet, elle vient simplement aligner les modalités d'intervention de l'avocat pendant la garde à vue d'un mineur, à celles relatives à la garde à vue d'un majeur.

Ainsi, le mineur « peut » demander l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure de garde à vue. Cette mesure n'est pas assez protectrice pour des mineurs, notamment lorsqu'on sait qu'en droit pénal français il n'existe pas d'âge minimal à partir duquel ceux-ci peuvent faire l'objet de poursuites pénales. Il paraît donc indispensable que les mineurs voient leurs intérêts mieux protégés par l'intervention obligatoire d'un avocat.

C'est la loi du 18 novembre 2016 qui vient apporter cette modification. Dorénavant, l'assistance d'un avocat est obligatoire dès le début de la mesure de contrainte, qu'il s'agisse de la garde à vue d'un mineur âgé de 13 à 18 ans ou de la retenue d'un mineur âgé de 10 à 13 ans. Cela signifie que le mineur ne peut pas renoncer à ce droit, ce qui l'empêche de le faire simplement afin d'éviter de se faire réprimander par ses parents. C'est d'autant plus heureux car cela conforte le caractère spécial de la matière, tout en manifestant le fait que les mineurs ne sont pas des justiciables comme les autres.

Au nom de la protection des mineurs, la jurisprudence veille à donner de la force à cette obligation. La Cour de cassation rappelle ainsi dans un arrêt du 20 décembre 2017<sup>101</sup> que les forces de l'ordre ne peuvent pas procéder à l'audition du mineur sans en avoir informé son avocat. La Haute juridiction constate en effet que le renvoi opéré par l'article 4 de l'ordonnance du 02 février 1945 à l'article 63-4-2, alinéa 1 du code de procédure pénale<sup>102</sup> ne permet pas aux enquêteurs de procéder à une nouvelle audition, sans en avoir au minimum informé l'avocat du mineur. Si celui-ci décline sa disponibilité, un autre avocat devra être désigné. Par conséquent, cette seconde audition, ainsi que tous les actes subséquents sont annulés.

Il est frappant de noter à quel point les mesures de contraintes relatives à l'enquête imposent un va-et-vient incessant entre le droit spécial et le droit commun.

---

<sup>99</sup> Cour EDH, Grande chambre, 27 novembre 2008, *Salduz contre Turquie*, req. n° 36391/02 / Conseil constitutionnel, décision QPC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 / Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco contre France*, req. n° 1466/07 / Cour de cassation, chambre criminelle, 19 octobre 2010, n° 10-82902 / Cour de cassation, assemblée plénière, quatre arrêts du 15 avril 2011 n° 10-17.049, n° 10-30.242, n° 10-30.313, n° 10-30.316

<sup>100</sup> Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 *relative à la garde à vue*

<sup>101</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 20 décembre 2017, n° 17-84.017 ; D. GOETZ, « Conséquences de l'audition d'un mineur placé en garde à vue sans l'assistance d'un avocat », *Dalloz actualité*, 2018

<sup>102</sup> Article 63-4-2, alinéa 1 du code de procédure pénale : « La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débiter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 de la demande formulée par la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat. Au cours des auditions ou confrontations, l'avocat peut prendre des notes. »

## 2- Une audition libre très libre

Comme le relève Olivier LAMBERT<sup>103</sup>, en matière d'audition libre, le droit spécial des mineurs s'efface au profit du droit général. En effet, puisque rien dans l'ordonnance du 02 février 1945 n'interdit le recours à l'audition libre pour les mineurs, cette disposition est autorisée, mais pas particulièrement aménagée. Dès lors, il faut se référer au droit commun pour connaître les modalités pratiques de mise en œuvre de cette mesure.

Le dispositif actuel a été introduit par la loi du 27 mai 2014<sup>104</sup> transposant la directive européenne du 22 mai 2012, *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*<sup>105</sup>. S'il est indéniable que ce texte constitue une avancée majeure en matière d'information de la personne entendue, en réalité cela constitue tout de même un recul par rapport aux garanties attachées à la garde à vue et à la retenue des mineurs. Ainsi sur la simple question de l'intervention de l'avocat, il s'agit d'un droit, donc d'une simple faculté, et cela d'autant plus qu'il est tout à fait loisible aux enquêteurs de ne pas informer les représentants légaux de la mise en œuvre de la mesure d'audition libre sur le mineur.

D'aucuns affirmeront que le régime de l'audition libre est simplement utilisé contre « *la personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* »<sup>106</sup>, et que le mineur placé dans une telle situation est libre de partir à tout moment.

Il est possible de s'interroger sur la réalité de cette proposition, d'autant plus dans le cas où le mineur n'est pas accompagné d'un avocat ou de ses représentants légaux. A cet égard, Béatrice CHAPLEAU affirme que « *la protection offerte au mineur reste encore timide* »<sup>107</sup>, mais cette affirmation peut elle-même paraître timide alors que, les mineurs même simplement soupçonnés, méritent une protection maximale. Il s'agit non pas de les exonérer de leurs responsabilités, mais simplement de prendre en compte les difficultés de compréhension dues à leur jeune âge. C'est l'objectif du droit à un procès équitable que de permettre à celui qui en est l'objet de comprendre cette procédure.

La compréhension de la procédure sous-tend l'esprit de l'ordonnance du 02 février 1945. Cette compréhension, se traduit procéduralement par le droit à un procès équitable, qui suppose à cet égard pour les mineurs, non seulement le droit à l'assistance d'un avocat à tous les stades de la procédure mais également une publicité restreinte, visant à préserver la sérénité des débats et la dignité du mineur poursuivi.

---

<sup>103</sup> O. LAMBERT, « L'audition hors garde à vue des mineurs mis en cause », *JCP G*, 2013, p. 821

<sup>104</sup> Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 *portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*

<sup>105</sup> Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, 22 mai 2012 *relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales*

<sup>106</sup> Article 61-1 du code de procédure pénale

<sup>107</sup> B. CHAPLEAU, « L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014 », *Daloz*, 2014, p. 1506



## B) L'aménagement de la publicité

La publicité est un des piliers du procès pénal, comme l'affirment de nombreux textes nationaux et internationaux<sup>108</sup>, dont l'article 6 paragraphe 1 la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>109</sup>. Il s'agit en effet de « *d'éviter la « justice secrète » et de renforcer la confiance dans les tribunaux* »<sup>110</sup>. Pourtant, cette même convention permet que les mineurs bénéficient d'une publicité aménagée « *lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent* » (article 6 paragraphe 1 de la Convention).

L'article 14 de l'ordonnance du 02 février 1945 qui pose le principe de publicité restreinte s'agissant du procès du mineur délinquant. Il dresse ainsi la liste des personnes invitées aux débats, et la possibilité pour le président du tribunal d'ordonner que le mineur ou les témoins se retirent.

De nombreuses institutions<sup>111</sup> veillent au respect de cette adaptation du procès pour les mineurs, à tel point que la Cour de cassation le considère comme un moyen d'ordre public dans les pourvois formés contre les juridictions du fond<sup>112</sup>. De la sorte, la Haute juridiction rappelle que la publicité restreinte est instaurée pour « *protéger l'identité et la personnalité du mineur et que sa violation fait nécessairement grief aux intérêts de celui-ci* »<sup>113</sup>.

Il faut également préciser qu'il existe une différence entre le principe de publicité des débats qui intéresse l'organisation du procès pénal, et la publicité de l'énoncé de la décision, qui montre la confrontation entre le droit pénal et le droit de la presse. De ce fait, pour le sujet, c'est la problématique relative à la publicité des débats qui sera évoquée, au travers de ce que la Cour européenne des droits de l'homme identifie comme un « effet traumatisant » (1), mais également des questionnements et des évolutions provoqués par le passage inévitable de la minorité à la majorité (2).

---

<sup>108</sup> Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966

<sup>109</sup> Article 6 paragraphe 1 de la CEDH : « *Le jugement doit être rendu publiquement* »

<sup>110</sup> L.-A. SICILIANOS, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rep. droit européen*, janvier 2018

<sup>111</sup> Conseil constitutionnel, 02 mars 2004, n° 2004-492 DC, considérant n° 117 : il « *résulte des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières permettant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique.* » ; voir P. PIOT, « Publicité et procès pénal », *AJ pénal*, 2007, p. 18

<sup>112</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 06 janvier 1993, n° 92-81.840 ; obs. G. LEVASSEUR, « Huis clos et viol », *RSC*, 1993, p. 781 ; obs. A. BRAUNSCHWEIG, « MINEURS. Cour d'assises. Débats. Publicité restreinte », *RSC*, 1993, p. 798

<sup>113</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 20 octobre 2009, n° 09-85.138 ; obs. B. BOULOC, « Le non-respect de la publicité restreinte : une atteinte aux droits du mineur », *Dalloz*, 2010, p. 1058

## 1- Un « effet traumatisant » violant le droit à un procès équitable

Nous remarquons qu'en matière de procès pénal des mineurs, la publicité de l'audience, c'est-à-dire l'ouverture des portes au public<sup>114</sup> est perçue d'une façon très intense par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci indique en effet dans l'arrêt *T. et V. contre Royaume-Uni* du 16 décembre 1999<sup>115</sup> que la publicité constitue un tel traumatisme, que cela empêcherait le mineur de participer réellement à son procès, et violerait par la même le droit au procès équitable.

Cette décision est intéressante en ce qu'elle montre que la Cour EDH veille de façon très attentive à « *la prise en considération de la fragilité particulière des mineurs délinquants* »<sup>116</sup> grâce à une analyse concrète de la situation du mineur, et du contexte législatif local.

Il faut cependant souligner que cette analyse *in concreto* ne permet pas de tirer de conclusions hâtives d'une situation particulièrement dramatique. Deux mineurs âgés de 10 ans avaient en effet enlevé dans un centre commercial de Liverpool un petit garçon de 2 ans, avant de le battre à mort et d'abandonner son corps dénudé sur une voie ferrée. Les mineurs avaient été jugés devant une juridiction non spécialisée, ce qui impliquait une très grande publicité.

Ainsi, on peut se rassurer un peu, étant donné que les mineurs délinquants en France sont nécessairement jugés par des juridictions spécialisées, et de façon séparée d'éventuels complices, comme l'énonce l'article 1 de l'ordonnance du 02 février 1945<sup>117</sup>. La spécialisation des juridictions désignées pour juger les mineurs en France, prend donc déjà en compte ces éléments de psychologies des mineurs, afin de rendre une justice plus juste et adaptée à leur compréhension.

L'actualité et les pouvoirs politiques réservent cependant toujours des surprises, qui concernent en l'occurrence des mineurs qui inévitablement deviendront un jour majeurs. Le constat s'impose alors que si des adaptations peuvent se faire dans le sens d'une meilleure prise en compte des difficultés, les rétropédalages tirent alors la procédure pénale relative aux délinquants mineurs, vers une unification avec celle des majeurs.

## 2- Le principe de publicité face à des mineurs devenant majeurs

Un jour ou l'autre les mineurs deviennent majeurs, c'est inévitable. Des questions se posent dès lors que l'infraction a été commise en tant que mineur, mais qu'au jour de l'audience le mis en cause est devenu majeur. C'est l'affaire de l'enlèvement d'Ilan HALIMI, par ceux que l'on surnomme le « Gang des

---

<sup>114</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 08 septembre 1999, n° 99-80.239

<sup>115</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 1999, n° 24888/94, *T. et V. contre Royaume-Uni*

<sup>116</sup> A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Mineurs - Le droit des mineurs à une juridiction spécialisée », *Droit de la famille*, n° 3, comm. 46, mars 2000

<sup>117</sup> Article 1 de l'ordonnance du 02 février 1945 : « *Les mineurs auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit ne seront pas déférés aux juridictions pénales de droit commun, et ne seront justiciables que des tribunaux pour enfants ou des cours d'assises des mineurs* ».

barbares », qui a provoqué une évolution législative. Pourtant, la rigueur n'apparaît pas nécessairement au premier abord.

En effet, certains des mis en causes dans cette affaire sont encore mineurs au moment des faits, ce qui provoque l'émergence d'une volonté de traiter ces mineurs comme des adultes. La loi du 11 août 2011 (article 306 du code de procédure pénale) permet que des mineurs de 16 à 18 ans soient jugés par des cours d'assises dans les mêmes conditions de publicité que connaissent les majeurs, sauf si d'autres accusés sont encore mineurs au moment du jugement.

Il est possible de s'interroger sur les intentions du législateur, face au risque que la pression médiatique défavorise la sérénité des débats. Il s'agit sans aucun doute d'une disposition visant à rassurer l'opinion publique, mais qui pose véritablement la question de sa conformité avec le droit européen. En cas de recours devant la Cour EDH, il est probable que la disposition française soit critiquée. Il en serait de même devant le Conseil constitutionnel, notamment sur le fondement de la rupture d'égalité entre les mineurs. En la matière, il est plus probable qu'un changement vienne de l'influence de la Cour de Strasbourg, plutôt que de notre Conseil constitutionnel peu révolutionnaire comme Laurent FABIUS l'a dit lui-même. En effet, les réserves à l'exception permettent de maintenir assez facilement une publicité restreinte. Cette remarque renforce la conviction selon laquelle cette disposition est purement électoraliste, mais inopérante comme beaucoup en droit pénal français.

Nous observons que les mineurs délinquants bénéficient d'adaptations, pas sur le fondement du principe d'intérêt supérieur de l'enfant, mais sur celui du droit à un procès équitable. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme impose au législateur français de permettre aux personnes qui font l'objet d'une accusation pénale de pouvoir se défendre dans de bonnes conditions, leur permettant de faire valoir leur argumentation.

Même si le principe d'une adaptation renforcée pour les mineurs délinquants n'est pas prévu par le texte lui-même, la Cour EDH examine *in concreto* la situation des mineurs ayant fait l'objet d'un procès pénal afin de s'assurer que la législation en vigueur prend en compte la « particulière vulnérabilité des mineurs »<sup>118</sup>.

Cette caractéristique des mineurs délinquants explique aussi le renforcement du droit à l'avocat qui dépasse le simple « droit à l'assistance » pour tendre vers une « obligation » pure et simple. Ainsi, c'est non seulement le droit processuel qui fait l'objet d'une adaptation à travers la spécialisation des juridictions et des droits relatifs au déroulement du procès, mais ce sont également les réponses pénales qui sont variées et adaptées aux mineurs délinquants.

---

<sup>118</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 1999, n° 24888/94, *T. et V. contre Royaume-Uni*

## **Section 2 : Une palette de réponses pénales exceptionnellement adaptée**

La délinquance est un comportement qui engendre de la violence, des troubles et des dommages. De ce fait, la société cherche à éliminer les délinquants. Pendant l'antiquité et le moyen-âge, la réponse consistait essentiellement en une violence encore plus grande et à des traitements infamants pour les délinquants. Les mineurs bénéficiaient seulement de « *l'atténuation du droit strict et non l'application d'une règle de droit particulière* »<sup>119</sup>.

Depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, la délinquance a été étudiée par de très nombreux scientifiques, et a notamment permis la naissance d'une nouvelle discipline qu'est la criminologie. Dans son ouvrage paru en 1895, Emile DURKHEIM<sup>120</sup> dégage une notion formelle du crime que l'on envisage alors comme un comportement différent par rapport à une norme sociale. La sanction correspond alors à la réprobation de la société et la délinquance devient un fait social.

Cette réprobation de la société correspond à la peine, et sera elle-même analysée. Ce sont ainsi les fonctions de la peine qui seront développées par des philosophes tels que MONTESQUIEU. Le Professeur David CARRITHERS<sup>121</sup> affirme que le philosophe présente une théorie imbriquant les positions utilitaristes et rétributives, autrement dit, la peine devrait être à la fois utile pour le délinquant et tournée vers la justice.

C'est sans doute grâce à ces nouvelles perspectives, que les rédacteurs de l'ordonnance du 02 février 1945 décident de placer l'éducatif au cœur de la réponse pénale aux infractions commises par des mineurs.

Il s'agit d'une conception très innovante, qui tend à envisager la procédure pénale depuis le point de vue du délinquant. C'est la raison pour laquelle le texte prévoit des sanctions exceptionnellement adaptées, c'est-à-dire que celles-ci présentent des caractères uniques. Ceux-ci manifestent à eux seuls le fait que la procédure pénale relative aux mineurs délinquants soit basée non sur la primauté du délinquant ou de la société, mais de l'adaptation des intérêts du délinquant aux attentes de la société. L'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas vocation à être mis en œuvre, car le système relatif aux réponses pénales fonctionne grâce à des modalités pratiques qui tendent à inscrire le mineur dans un système plus large.

Ces adaptations sont ainsi réalisées grâce à des réponses pénales sans peine (I), qui s'imposent en toute logique avant un système d'incarcération encadré (II).

---

<sup>119</sup> Extrait de la *Lettre de Mélampous*, revue de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille (AFMJF), septembre 2001

<sup>120</sup> E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Revue philosophique, 1895

<sup>121</sup> D. W. CARRITHERS, « Montesquieu's Philosophy of Punishment », *History of Political Thought*, 1998, n°19, p. 213-240

## **I. Des réponses pénales sans peine**

Le caractère spécial du droit des mineurs délinquants ne serait pas si spécial en l'absence de peines adaptées. Les formes de délinquances adoptées par les mineurs matérialisent souvent des manques dans le quotidien des mineurs, aussi bien sociaux qu'environnementaux. Les différents législateurs ont fait le choix de créer des mesures éducatives et des sanctions éducatives, qui sont des dispositifs fondés sur un principe de progressivité (A) dans l'optique d'une réalisation bénéfique à la personnalité du mineur (B).

### **A) La progressivité des dispositifs**

Les mesures éducatives et les sanctions éducatives ne relèvent pas de la même logique, elles ont d'ailleurs été créées à des époques bien différentes. Elles se distinguent cependant de la même façon par leur souplesse (1) venant sans doute de la grande variété des réalisations qu'elles permettent (2).

#### **1- Une nature souple**

Les mesures éducatives sont des exemples typiques de mesures d'inspirations positivistes, ce qui n'est pas étonnant quand on sait que la première de ces mesures a été adoptée en 1912<sup>122</sup>. GAROFALO avait ainsi imaginé des mesures destinées à « *neutraliser les criminels les plus dangereux (nés, aliénés et d'habitude), pour au contraire mettre en œuvre des mesures de réadaptation sociale pour les « occasionnels », et de simples mécanismes de réparation du préjudice causé pour les « passionnés* »<sup>123</sup>. Il s'agit d'une façon d'exprimer l'idée selon laquelle la lutte contre la délinquance passe par la mise en œuvre non de sanctions pures mais de mesures de réinsertion.

Cela correspond aux exigences légales exprimées par l'article 122-8 du code pénal<sup>124</sup> et l'article 2, alinéa 1 de l'ordonnance du 02 février 1945<sup>125</sup>. Par ailleurs, ces deux textes citent les mesures d'assistance et de protection en tout premier lieu. Cela manifeste l'importance que le législateur accorde à ces mesures dans l'échelle des dispositifs applicables aux mineurs délinquants.

Le Professeur Pierre COUVRAT<sup>126</sup>, repris en ce sens par Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE<sup>127</sup>, présente ces mesures comme des mesures de sûreté car « *elles visent moins la répression du mineur que son éducation ou sa protection* ».

---

<sup>122</sup> Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée

<sup>123</sup> É. TILLET, « Histoire des doctrines pénales », *Rep. pénal et procédure pénale*, juin 2002, §83 ; voir également N. TABERT, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, PUAM, 2007, n°365 et svt., p. 205 et svt

<sup>124</sup> Article 122-8, alinéa 1 du code pénal : « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet* ».

<sup>125</sup> Article 2, alinéa 1 de l'ordonnance du 02 février 1945 : « *Le tribunal pour enfants et la Cour d'assises des mineurs prononceront, suivant les cas, les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation qui sembleront appropriées.* »

<sup>126</sup> P. COUVRAT, « Les mesures de protection judiciaire », in *Enfance et délinquance*, Economica, 1993, p. 147 et svt

<sup>127</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1378, p. 867

Les sanctions éducatives ne relèvent pas de la même inspiration, puisqu'elles ont été introduites dans l'ordonnance du 02 février 1945, par la loi du 09 septembre 2002 dite loi Perben I<sup>128</sup>. Il s'agissait de faire face à l'augmentation soi-disant « inquiétante »<sup>129</sup> de la délinquance des mineurs, et particulièrement des très jeunes mineurs entre 10 et 13 ans. En effet, pour ces derniers, il n'est pas possible de mettre en œuvre une peine. L'objectif du législateur est de permettre aux juges d'appliquer des mesures coercitives à tous les mineurs délinquants. Il est possible d'être dubitatif sur la pertinence de la formulation, mais celle-ci témoigne de la position « en même temps » pour laquelle optent les rédacteurs du texte.

Cette catégorie de mesures est analysée par certains auteurs comme une « réponse pénale originale à vocation éducative et préventive »<sup>130</sup> ou encore comme des « mesures éducatives hybrides »<sup>131</sup>.

Ces présentations illustrent de façon certaine le fait que les sanctions éducatives demeurent marquées par le souci d'offrir un meilleur cadre éducatif à des mineurs qui suivent le chemin de la délinquance. C'est leur premier point commun avec les mesures éducatives. L'autre point commun, qui a également une portée très importante tient au fait que toutes ces mesures ou sanctions éducatives sont encourues par des mineurs à partir de 10 ans.

Le maintien de cette dichotomie peut avoir deux sens, le premier étant que le législateur souhaite laisser aux juges des enfants spécialisés, la plus grande marge de manœuvre possible pour mettre en œuvre des mesures adaptées et parvenir à l'objectif de relèvement éducatif des mineurs délinquants. L'autre, plus pessimiste, tend à voir cette position comme une incapacité du législateur à trancher pour une solution claire quant à l'objectif assigné aux mesures prises à l'encontre des mineurs délinquants. Les accumulations d'adaptations diluent le sens d'un texte et nuisent à son efficacité. Il n'est pas certain que l'ajout d'un autre principe tel que l'intérêt supérieur de l'enfant clarifierait les choses. Malgré ce constat de désordre, il est intéressant de voir comment en pratique ces dispositifs s'articulent tout de même.

## 2- Des dispositifs variés et articulés

Afin d'offrir aux magistrats la possibilité d'adapter les mesures prises, le législateur a dressé des listes de ce qui constitue des sanctions éducatives (article 15-1 de l'ordonnance du 02 février 1945). Le législateur a également dressé une liste des mesures éducatives à l'article 8, alinéa 10 de l'ordonnance mais celle-ci n'est en réalité pas complète (3° à 7°). En effet, les mesures éducatives peuvent être prescrites par les juridictions aussi bien au titre de mesures provisoires, que de décisions définitives. L'article 8 représente cette duplicité, puisque la liberté surveillée peut-être décidée à l'égard du mineur

---

<sup>128</sup> Loi n° 2002-1138 du 09 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*

<sup>129</sup> Circulaire CRIM n° 2002-17 du 13 décembre 2002 *relative à la politique pénale en matière de délinquance des mineurs* ; voir également annexe *III. - Prévenir et traiter plus efficacement la délinquance des mineurs* de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*

<sup>130</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1392, p. 883

<sup>131</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n°61, p. 53

mis en examen à titre provisoire (alinéa 8) ou dans tous les cas au titre d'une mesure définitive (alinéa 12).

Face à cette variété qui vise à s'adapter à la personnalité des mineurs, sur la base des renseignements recueillis, les magistrats doivent prendre une décision et il est intéressant de comprendre l'articulation des mesures. La doctrine affirme ici que malgré la « *coexistence des mesures éducatives et répressives* »<sup>132</sup>, le principe est celui du non-cumul des mesures et des sanctions éducatives. Jean- François RENUCCI se base ainsi sur l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance du 02 février 1945 qui consacre la primauté des mesures éducatives, et le caractère secondaire de l'intervention judiciaire répressive<sup>133</sup>. Il existe cependant des exceptions notables permettant un cumul entre la liberté surveillée et les différentes peines (article 19 de l'ordonnance) ainsi que le sursis mis à l'épreuve avec des mesures éducatives.

Il semble donc que ce qui prime, c'est le caractère des mesures les unes par rapport aux autres. Les magistrats spécialisés croient en leur pouvoir d'intervention éducatif plutôt qu'en une sanction pénale à tout prix. Même si cela n'emporte pas l'approbation, même au niveau des autres magistrats spécialisés, nous constatons que ces dispositions sont finalement orientées dans le but de bénéficier à l'évolution de la personnalité du mineur.

## **B) Une réalisation bénéfique à la personnalité du mineur délinquant**

La façon dont les différentes mesures sont créées par le législateur puis mises en œuvre est très éclairante sur les idées fondatrices sur lesquelles le droit pénal des mineurs est construit, mais surtout sur leur évolution. Ainsi, progressivement, le catalogue des mesures a été développé et comprend désormais aussi bien des dispositifs d'accompagnement (1), que des mesures d'encadrement (2).

### **1- Les mesures d'accompagnement**

Les plus anciennes mesures, qui prennent une forme d'accompagnement, sont celles créées dans le cadre des mesures éducatives. Ainsi, la liberté surveillée, mesure d'inspiration positiviste, comme cela a déjà été évoqué, tend pour le juge à laisser le mineur en liberté tout en lui assignant un délégué, dont la mission est de contrôler que les conditions d'existence du mineur permettent sa rééducation. Celui-ci doit ainsi faire régulièrement des rapports relatifs à l'évolution de la situation. Cette mesure est destinée à être combinée avec une autre, puisqu'en soit elle ne comporte pas d'obligation (articles 8, alinéa 9, ou encore article 19 et enfin article 20, dernier alinéa de l'ordonnance)<sup>134</sup>. Celle-ci, tout comme l'admonestation et la remise aux parents, est conçue pour permettre au mineur de retourner dans sa famille, avec une belle frayeur. Dans un monde idéal, le cadre familial prend alors le relais.

---

<sup>132</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1375, p. 864

<sup>133</sup> J.-F. RENUCCI, op. cit. n°58, p. 96

<sup>134</sup> J.-F. RENUCCI, op. cit. n°58, p. 98

Les modalités des sanctions éducatives comportent des dispositions similaires, telles que l'avertissement solennel, des mesures d'aide ou de réparation, ou enfin l'exécution de travaux scolaires qui se rapprochent de la médiation-réparation. En réalité, toutes ces mesures peuvent s'appliquer aussi bien dans le cadre des mesures éducatives que dans le cadre des sanctions éducatives.

Il est possible d'approuver Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE, qui relèvent une multiplication de ces mesures particulièrement depuis la loi du 05 mars 2007<sup>135</sup>. Cela donne d'un côté une latitude plus grande au juge pour adapter ces mesures aux différentes situations. De l'autre côté, cela gomme les limites entre les mesures éducatives et les sanctions éducatives. D'autre part, il est totalement utopique, voir même dangereux de prétendre que le fait de laisser le mineur dans son environnement familial et social habituel lui permet de s'amender et de se resocialiser. C'est sans doute une des raisons qui ont poussé le législateur à prévoir des mesures qui, sans être coercitives, sont ouvertement orientées vers des méthodes de resocialisation immédiates par l'encadrement.

## 2- Les mesures d'encadrement

Le dernier-né des modalités applicables dans le cadre des mesures éducatives est le service citoyen pour mineurs délinquants. L'exposé des motifs de la proposition de loi ayant abouti à la loi du 26 décembre 2011<sup>136</sup> affirme ainsi que « *l'objectif est également de transmettre à ces jeunes en rupture, des notions quelque peu oubliées telles que la citoyenneté, le respect de la règle collective et de l'autorité, le sens de l'effort et la récompense du mérite.* »<sup>137</sup>. Il s'agit ainsi de services citoyens, comme peuvent l'être les services civiques, mais qui s'effectuent dans un cadre militaire, pour une durée comprise entre six et douze mois. Afin de mettre en œuvre cette mesure, le mineur délinquant devra donner son accord tout comme ses parents, en présence d'un avocat.

Il s'agit là seulement d'un exemple, mais qui illustre parfaitement la volonté du législateur de réintégrer les mineurs délinquants dans la société. Ceci étant, les magistrats ne semblent pas forcément s'en saisir. Ainsi, on ne compte que 1 807 sanctions éducatives prononcées en 2016 (dont 524 mesures d'activités d'aide ou de réparation et 1 283 autres types de sanctions éducatives), pour 46 456 peines et 21 672 mesures éducatives<sup>138</sup>.

Enfin, il existe un équivalent très proche mais pas identique en matière de sanctions éducatives. Il s'agit du stage de formation civique, qui consiste en sessions collectives où sont évoqués des thèmes s'articulant autour de la responsabilité pénale, des devoirs en société et de la réinsertion sociale<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> Loi n° 2007-297 du 05 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance

<sup>136</sup> Loi n° 2011-1940 du 26 décembre 2011 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants

<sup>137</sup> Exposé des motifs n° 3707 de la proposition de loi visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants présenté par M. le député Éric CIOTTI (enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 28 juillet 2011)

<sup>138</sup> Annuaire statistique de la justice, 2016, chapitre 10, p. 91

<sup>139</sup> Décret n° 2004-31 du 05 janvier 2004, article 1



Le législateur semble donc ici considérer que ce qu'il faut n'est plus de mettre les mineurs délinquants dans leur famille, mais de mieux leur inculquer les valeurs de la société. De façon générale, le législateur tente de résoudre l'immense problème que constitue pour lui la délinquance des mineurs en sauvegardant des principes, mais en faisant tout pour les contourner. Ainsi, l'ordonnance du 02 février 1945 offre une large palette de modalités d'actions pour le juge afin d'offrir une réponse pénale à tous les mineurs délinquants, ce qui demeure sa particularité. Cela permet de conserver l'aspect éducatif de l'action du juge répressif, qui nécessite beaucoup de souplesse et d'adaptation dans les mesures mises en œuvre. En même temps, le législateur introduit des mesures ayant un caractère plus répressif. En droit pénal des mineurs, cette position dualiste s'estompe heureusement dès lors qu'il s'agit de mesures répressives. Ici, le maître-mot redevient l'adaptation des mesures applicables aux majeurs, mais ne relève toujours pas de l'intérêt supérieur de l'enfant.

## **II. L'adaptation des modalités de décision et d'exécutions des peines répressives applicables aux mineurs**

D'une certaine façon, le choix de la peine comme réponse pénale est présenté en dernier par le texte de l'article 2 de l'ordonnance, comme le pendant des sanctions éducatives. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une hiérarchisation, cela montre bien l'attachement du législateur à présenter en priorité les réponses pénales ayant un aspect éducatif plutôt que les sanctions pénales classiques.

Afin de souligner cette volonté, si c'est encore nécessaire, le texte soumet l'application de ces dispositions à des exigences de circonstances et de personnalité du mineur délinquant<sup>140</sup>. Ici, c'est notamment sur le levier de la durée que le législateur entend agir afin de préserver le mineur des effets néfastes des longues peines.

En matière de peine, le droit pénal des mineurs perd un peu en spécialité. Les peines applicables aux mineurs sont donc semblables à celles applicables aux majeurs. La spécialisation n'est pas perdue, elle se retrouve simplement dans une nouvelle forme d'adaptation. En effet, l'ordonnance maintient presque dès son introduction, une conception légale en entonnoir imposée aux magistrats (A) qui se poursuit dans la création de dispositifs d'incarcération adoucies (B).

### **A) Une conception de la peine en entonnoir imposée aux magistrats**

L'image de l'entonnoir illustre bien cette idée selon laquelle le législateur laisse la possibilité de prononcer une peine de prison ferme, mais il offre auparavant des alternatives larges, puis enserme progressivement les autres par toutes sortes de conditions, que sont tout d'abord l'interdiction de certaines peines applicables aux majeurs (1) puis les exigences de motivation renforcée lorsque le juge retient malgré tout une peine de prison (2).

---

<sup>140</sup> Article 2, alinéa 2 de l'ordonnance du 02 février 1945 : « Ils pourront cependant, lorsque les circonstances ou la personnalité des mineurs l'exigent [...] »

## 1- L'interdiction d'un certain nombre de peines

En termes de pénologie, ce qui étonne après avoir fait l'étude des mesures et des sanctions éducatives, c'est précisément que l'ordonnance du 02 février 1945 ne dresse pas de liste des peines. Dès lors, on en vient à rebours du principe selon lequel le spécial déroge au général. Dès lors, s'il n'y a plus de spécial, ce qui s'applique c'est la règle générale.

Cela signifie que lorsque les magistrats décident d'entrer en voie de condamnation et qu'ils choisissent une peine, toutes les peines peuvent être mises en œuvre contre des mineurs. Le législateur a cependant proscrit l'application aux mineurs délinquants de certaines peines complémentaires<sup>141</sup> telles que l'interdiction de territoire<sup>142</sup>, les interdictions professionnelles<sup>143</sup> ou encore de droits civiques<sup>144</sup>. Ces adaptations relèvent moins de grands principes directeurs que de bon sens. Pourtant, la Cour de cassation doit parfois rappeler à l'ordre les juridictions, puisqu'il est tentant, particulièrement pour des jurys populaires de vouloir sanctionner plus qu'il n'est nécessaire<sup>145</sup>.

Le législateur interdit également l'application aux mineurs des périodes de sûreté prévus par l'article 132-23 du code pénal<sup>146</sup>.

Sur la question de savoir si ces interdictions constituent une atteinte au principe d'adaptation des peines en fonction des circonstances et de la personnalité du mineur, il est possible de constater que ces dispositions ont simplement pour objet d'empêcher que la peine prononcée à l'égard d'un mineur se prolonge très au-delà de la majorité, sur des aspects qui permettent de s'intégrer en société. De plus, il faut que les peines soient en cohérences avec les libertés qui ont été violées par la commission des infractions.

Cet article 20-2 de l'ordonnance est très intéressant, car il illustre de nombreuses limites aux choix de la peine pour les juges, d'un côté sur des peines complémentaires interdites, mais également sur la motivation des décisions de justice.

## 2- L'obligation de motivation renforcée

En dernier recours, lorsque le juge estime que la seule possibilité au regard des circonstances et de la personnalité du mineur est la peine d'emprisonnement, l'article 2 de l'ordonnance exige dans ce cas une motivation spéciale<sup>147</sup>. A la différence des majeurs, celle-ci concerne aussi bien les peines sans sursis

---

<sup>141</sup> Article 20-4 de l'ordonnance qui proscrit l'application des articles 131-25 à 131-35 du code pénal aux mineurs délinquants

<sup>142</sup> Articles 131-30 à 131-32 du code pénal

<sup>143</sup> Articles 131-27 à 131-29 du code pénal

<sup>144</sup> Articles 131-26 à 131-26-2 du code pénal

<sup>145</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 1995, n° 94-86.146 ; obs. B. BOULOC, « Prononcé de peines complémentaires non prévues par la loi », *RSC*, 1996, p. 649

<sup>146</sup> Article 20-2, alinéa 4 de l'ordonnance du 02 février 1945

<sup>147</sup> Article 2, alinéa 3 de l'ordonnance du 02 février 1945 : « *Le tribunal pour enfants ne peut prononcer une peine d'emprisonnement, avec ou sans sursis, qu'après spécialement motivé le choix de cette peine.* »

que les peines avec sursis. En effet, l'article 132-19 du code pénal ne prévoit une telle motivation que pour les peines fermes sans sursis et sans aménagements<sup>148</sup>.

La différence notable entre les deux articles tient au fait que le code pénal pose des critères en fonction desquels le choix de la peine doit être fait par le juge. Cet état du droit a sans doute amorcé un mouvement jurisprudentiel, qui aboutit à quatre arrêts de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 2017<sup>149</sup>. Cette jurisprudence se poursuit et se renforce, puisque le Conseil constitutionnel<sup>150</sup> et un nouvel arrêt de la Cour de cassation<sup>151</sup> sont venus apporter des éléments permettant de mieux cerner et contrôler la motivation de la peine des majeurs délinquants. Au contraire, en droit pénal des mineurs, les dispositions légales ont toujours imposé aux magistrats « *une obligation générale de motivation* »<sup>152</sup>.

Enfin, l'ordonnance exige que soient motivées les peines « d'emprisonnement ». En revanche, elle n'évoque les peines de réclusions criminelles que relativement à la diminution de moitié pour cause de minorité. Il s'agit là d'une limite de l'adaptation de la procédure pénale applicable aux mineurs délinquants. La décision du Conseil constitutionnel suppléera cependant sans doute à cette différence, car il n'y a pas de raison pour laquelle on ne pourrait pas s'appuyer sur la règle générale.

Cette articulation légale d'exclusion de certaines peines ainsi que de motivation du choix de la peine de prison qu'il s'agisse d'emprisonnement ou de réclusion illustre à quel point le législateur tente au maximum de garder les mineurs délinquants loin des établissements pénitentiaires, malgré les précautions prises ces dernières années pour créer un espace carcéral adouci.

## **B) Une réalité carcérale adoucie**

Lorsque l'incarcération est inévitable, le choix est fait de mettre en œuvre le principe d'adaptation des procédures au sein des établissements pénitentiaires. La véritable réalisation de ce principe a lieu avec la loi du 09 septembre 2002 dite Perben I<sup>153</sup> qui crée les établissements pénitentiaires pour mineurs

---

<sup>148</sup> Article 132-19, alinéa 3 du code pénal : « *Lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et ne faisant pas l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux mêmes sous-sections 1 et 2, il doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale* ».

<sup>149</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 15-84.511 ; obs. C. SAAS, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *Dalloz*, 2017, p. 961 ; obs. E. DREYER, « La motivation de toute peine : un revirement à regret ? », *AJ pénal*, 2017, p. 175 ; n° 15-85.199 ; obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL, E. TRICOIRE, « Droit pénal », *Dalloz*, 2017, p. 2501 ; n° 15-83.984 ; obs. G. GUEHO, E. PICHON, B. LAURENT, L. ASCENSI, G. BARBIER, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2017, p. 1557

<sup>150</sup> Conseil constitutionnel, 02 mars 2018, n° 2017-694 QPC, « *le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de cette déclaration, implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine* » ; obs. D. GOETZ, *Dalloz actualité*, 6 mars 2018

<sup>151</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 21 mars 2018, n° 16-87.296 ; obs. L. PRIOU-ALIBERT, *Dalloz actualité*, 11 avril 2018

<sup>152</sup> E. DREYER, « Pourquoi motiver les peines ? », *Dalloz*, 2018, p. 576

<sup>153</sup> Voir n°127

(EPM). Le législateur fait le choix de créer des établissements pénitentiaires séparés (1) qui permettent de mettre en œuvre un accompagnement renforcé pendant cette période d'incarcération (2).

### **1- Le choix d'établissements pénitentiaires séparés**

Les EPM sont des établissements qui ont la particularité d'avoir été créés, non pas pour répondre à des problèmes de surpopulation carcérale, mais pour renforcer l'éventail de dispositifs de prise en charge des mineurs. Ces établissements ont pour principal intérêt d'être totalement distincts des établissements pénitentiaires classiques, qui disposent de quartiers mineurs. En effet, ces derniers, malgré leur séparation physique n'empêchent pas les interactions entre les détenus majeurs et les détenus mineurs.

Ces établissements sont basés sur l'idée que sous la contrainte, il faut une action éducative plus intense afin de faire de ce moment de détention, un moment utile dans la vie du jeune. Pourtant, ce tableau ne doit pas faire perdre de vue que l'incarcération doit rester l'ultime solution<sup>154</sup>.

La création des EPM a également permis de mettre au jour un élément qui était passé inaperçu, c'est-à-dire le problème des règles de détention applicables au mineur. Ce coup de projecteur législatif a eu comme conséquence de rassembler des textes épars et la création d'un véritable droit disciplinaire applicables à tous les mineurs<sup>155</sup>. C'est heureux car sur les 758 mineurs détenus au 1<sup>er</sup> janvier 2017, seuls 35% l'étaient dans un des six EPM construits en France<sup>156</sup>.

Finalement, l'adaptation des conditions générales du régime d'incarcération applicable aux mineurs bénéficie à tout le monde. Bien que ce qui dirige l'action du législateur ne relève pas de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui imposerait d'adapter des dispositifs au cas par cas, l'apport d'un cadre général a permis de préciser les objectifs de ces établissements, c'est-à-dire la mise en œuvre d'un accompagnement renforcé pendant l'incarcération.

### **2- La mise en œuvre d'un accompagnement renforcé pendant l'incarcération**

Les rapports d'enquête relatifs aux conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France, ont été remis à l'Assemblée Nationale, le 28 juin 2000<sup>157</sup> et au Sénat le 29 juin 2000<sup>158</sup>. Ceux-ci dénoncent avec une grande force l'état de délabrement des prisons, le manque d'effectif. Le rapport remis au Sénat fait également la remarque de la « *mission impossible de la prison* », qui est chargée « *de réussir là où tous les autres intervenants (les familles, l'école, les services sociaux) ont échoué. Comme*

---

<sup>154</sup> N. GRILLE, « La perspective des établissements spécialisés pour mineurs, le pari d'une prison éducative ? », *AJ pénal*, 2005, p. 62

<sup>155</sup> N. GRILLE, « Le droit pénitentiaire des mineurs à l'épreuve des nouveaux EPM : Pratiques professionnelles et usages du droit en prison », *AJ pénal*, 2010, p. 23 ; voir également Décret n° 2007-749 du 09 mai 2007 *relatif au régime de détention des mineurs* ; Décret n° 2007-814 du 11 mai 2007 *relatif au régime disciplinaire des mineurs détenus* ; Circulaire du 08 juin 2007 *relative au régime de détention des mineurs*

<sup>156</sup> Annuaire statistique de la justice, 2016, chapitre 10, p. 95

<sup>157</sup> Assemblée Nationale, rapport d'enquête n° 2521, « La France face à ses prisons », Paris, 28 juin 2000

<sup>158</sup> Sénat, rapport d'enquête n° 449, « Prisons : une humiliation pour la République », Paris, 29 juin 2000

*l'a fait remarquer le docteur François MOREAU à la commission, « ils [les mineurs incarcérés] ne sont pas à réinsérer, ce sont des gens à insérer purement et simplement »*. Le parlement dresse le constat selon lequel les conditions de réalisation de la détention, particulièrement chez les mineurs sont un enjeu de prévention de la délinquance, et par là, un enjeu sociétal.

Ainsi avec les EPM, l'objectif du législateur semble être précisément d'incarcérer moins. En effet, les six établissements construits ont chacun une capacité approximative de soixante places, soit environ trois-cent-soixante places.

Ce qui constitue la particularité de ces établissements n'est pas seulement leur petite taille, c'est également une philosophie différente, qui consiste à maintenir une vie collective organisée, et à établir un emploi du temps rempli d'activité, de temps scolaires. La conjugaison de ces différents éléments doit conduire à fonder une action éducative renforcée, permettant de lutter contre l'oisiveté.

En d'autres termes, les EPM permettent d'incarcérer moins, mais d'incarcérer mieux, même si les professionnels de la justice doivent toujours garder à l'esprit que ce qui est présenté sur ce tableau demeure une prison avec des murs d'enceinte de six mètres de hauteur. Ainsi, à plus forte raison pour les mineurs délinquants que pour les majeurs délinquants, la prison doit rester une exception.

Pour conclure, il est possible de dire que d'une certaine manière cette idée de faire de la prison un outil qui n'est mis en œuvre qu'en dernier ressort est en partie respectée. En effet, les statistiques démontrent que seuls 25% des mineurs détenus sont des condamnés exécutant leur peine, et à contrario 75% sont en détention provisoire<sup>159</sup>. Cela signifie bien qu'à l'issue du jugement les peines prononcées sont plus souvent des sanctions éducatives, des peines avec du sursis ou du sursis avec mise à l'épreuve, qui offrent une alternative à l'incarcération. Laurent MUCCHELLI, observe également ce phénomène en 2015, et émet l'hypothèse selon laquelle cet état de fait se retrouve plus particulièrement en région marseillaise à cause de la plus grande situation de précarité de cette classe d'âge, mais également du fait « *qu'on ne sait pas quoi en faire* »<sup>160</sup>. Les peines seront donc tout de même adaptées aux mineurs délinquants. Cela permet de maintenir l'esprit créatif des magistrats, afin de chercher malgré tout, les solutions les plus adaptées possible face à des mineurs souvent placés dans des situations socio-économique difficiles. Pour cela, le législateur fait le choix de multiplier les outils mais ne veille pas à la cohérence de la matière. La création des EPM n'a pas permis de mettre un terme aux quartiers mineurs. Ces établissements sont des modèles d'adaptation aux besoins des mineurs, ce qui n'a malheureusement pas tiré les quartiers mineurs vers le haut. Cela conduit dans certains cas à orienter un

---

<sup>159</sup> Annuaire statistique de la justice, 2016, chapitre 10, p. 95

<sup>160</sup> L. MUCCHIELLI, « Les mineurs incarcérés à Marseille : pas plus violents, mais plus fragiles socialement ? », RSC, 2016, p. 157

mineur délinquant sur ce type d'établissement pénitentiaire classique plutôt que sur un EPM en fonction des espoirs de réadaptation que les magistrats voient en lui.

Sans baisser les bras face à ce constat, il est possible de constater que le droit pénal des mineurs qui a longtemps été un très bon exemple en matière de protection des droits des personnes poursuivies, ne doit pas se relâcher. Le Conseil constitutionnel veille en cela à ce que le législateur ne puisse pas ouvrir l'application de la procédure de comparution immédiate aux mineurs<sup>161</sup>, alors même que la tentation est forte pour le législateur.

Seul le principe de spécialisation des juridictions ne semble pas connaître de crise majeure. Il serait cependant sans doute préférable de mieux protéger cette organisation, et même de la renforcer grâce à l'amélioration de la spécialisation des membres du parquet des mineurs. Cette amélioration de la chaîne pénale des mineurs délinquants ne doit pas faire oublier les mineurs victimes. Tout comme les mineurs délinquants, sont des délinquants particuliers. Ils doivent à ce titre, être pris en compte par le droit pénal et la procédure pénale de façon à s'adapter à leurs contraintes psychologiques.

---

<sup>161</sup> Article 5 de l'ordonnance du 02 février 1945 : « *En aucun cas, il ne pourra être suivi contre le mineur par les procédures prévues aux articles 393 à 396 du code de procédure pénale ou par voie de citation directe* ».

## **Chapitre 2 : Les adaptations du droit pénal aux mineurs victimes sans références à l'intérêt supérieur de l'enfant**

« *L'enfant n'est pas une victime comme les autres. Fragile, en proie à des conflits de légitimité, égaré dans un monde d'adultes qu'il ne comprend pas, il nécessite une attention et une adaptation spécifique du système judiciaire* ».

C'est l'idée que Dominique ATTIAS porte dans un entretien<sup>162</sup> réalisé en 2016. Cette avocate spécialisée dans la défense des mineurs victimes illustre ainsi la proposition selon laquelle, les mineurs victimes d'une infraction pénale méritent une protection particulière du droit pénal.

Le *Vocabulaire juridique* définit la victime comme celle « *qui subit personnellement un préjudice, par opposition à celui qui le cause (auteur), mais qui peut en être la victime directe ou indirecte* »<sup>163</sup>. Cette définition appelle l'existence d'une victime suppose une faute, qui correspond à la commission d'une infraction pénale, c'est-à-dire « *la violation d'un devoir, réalisée par un acte positif ou par une abstention et de façon plus ou moins consciente* »<sup>164</sup>.

Ce qui apparaît de façon évidente, c'est donc l'aspect victime. Pourtant, c'est l'influence d'une des caractéristiques de cette victime qui rend la question intéressante, et qui est la plus porteuse d'évolutions. C'est notamment le texte de la CIDE qui dispose en son article 39 que « *les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé* ».

Dans la continuité de l'émergence de la figure de l'enfant, les auteurs soulignent les progrès accomplis en matière de protection des victimes<sup>165</sup>. Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE posent dans leur manuel la question de l'autonomisation du droit pénal des mineurs victimes, à l'instar de ce qui s'est produit pour les mineurs délinquants. Cependant, s'il est vrai que le droit pénal accorde une place de plus en plus grande à la victime mineure, parler d'autonomisation est exagéré.

Néanmoins, il faut relever que cette émergence se caractérise par un double mouvement. En effet, le législateur a d'un côté adopté un certain nombre d'adaptations substantielles (**section 1**), soutenues de façon plus erratique et douloureuse par des adaptations procédurales (**section 2**). Cet ensemble d'adaptations à la carte ne permet cependant pas d'avoir une lisibilité claire de ce thème.

---

<sup>162</sup> *Gazette du Palais*, 2016, n°01, p. 12, propos de Dominique ATTIAS, vice-bâtonnière du barreau de Paris, secrétaire générale de l'association Louis-Chatin pour la défense des droits de l'enfant, recueillis par Olivia DUFOUR

<sup>163</sup> *Op.*, cit. n°38, « victime », p. 1063

<sup>164</sup> C. PORTERON, « Infraction », *Rép. droit pénal et procédure pénale*, mars 2013

<sup>165</sup> S.-A. BOYADJIAN, « Plaidoyer pour une aide efficace aux victimes », *Gazette du Palais*, 02 juillet 2009, p. 3 ; voir également P. BONFILS, « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ Pénal*, 2014, p. 10

## **Section 1 : Les adaptations substantielles aux mineurs victimes**

La protection de l'enfant a beaucoup évolué depuis l'antiquité, où *in fine* le degré de protection dépendait essentiellement de la culture. Ainsi, chez les spartiates et les romains, la pratique de l'infanticide était institutionnalisée, et considérée comme nécessaire. Les enfants étaient au service de leur père ou de la Cité, ils devaient donc être suffisamment vaillants.

C'est d'ailleurs un thème récurrent répandu dans toutes les mythologies. Il prend alors une forme passive comme dans le cas du mythe d'Œdipe, où le nouveau-né maudit a été, par son exposition, mis à mort par son père<sup>166</sup>. Il peut également prendre des formes plus violentes, comme dans le cas du mythe d'Héraclès, où celui-ci pris d'un accès de folie, jette au feu un à un ses enfants<sup>167</sup>.

Sur cette question, ce sont les trois religions monothéistes qui vont faire évoluer les choses progressivement, car les écrits saints considèrent que chaque vie est sacrée. En 1810, dans le code pénal, les incriminations spécifiques aux actes commis à l'encontre des enfants sont au nombre de trois (infanticide, enlèvement de mineur, abandon d'enfant)<sup>168</sup>, avant les lois du 24 juillet 1889<sup>169</sup> et du 19 avril 1898<sup>170</sup>. Cette évolution traduit déjà une avancée considérable depuis la vision napoléonienne de la famille où l'Etat intervient le moins possible, et celle de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle où les violences commises à l'encontre des enfants sont mieux considérées.

La matière du droit pénal des mineurs victimes, illustre d'une façon très instructive, les évolutions sociales plus larges qui marquent notre société. Ainsi, comme le relève Jean-François RENUCCI, l'incrimination d'infanticide n'existe plus dans le code pénal, car le phénomène s'est raréfié, en raison de la libéralisation de l'avortement et de la contraception<sup>171</sup>. De la même manière, on observe que le XX<sup>ème</sup> siècle est celui de la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit, depuis le droit international jusque dans le droit national. Cette évolution permet désormais de distinguer le mineur en danger, du mineur victime, même si les réalités peuvent se superposer. D'une fragilité inconnue, le droit pénal évolue vers une fragilité reconnue de l'enfant, cela se traduit en pratique par une place aménagée de la minorité dans la constitution de l'infraction (I) ou dans l'aggravation de celle-ci (II).

---

<sup>166</sup> R. SALECL, « Le réel du crime : une mère infanticide », *Savoirs et clinique*, 2003/1, n°2, p. 41-51

<sup>167</sup> A. DJINDIAN, mémoire de D.E.S.S. intitulé « L'infanticide », Université d'Aix-Marseille, 2000/2001, p. 3 selon la définition donnée par P. GRIMAL, « Héraclès », *Dictionnaire mythologique*, P.U.F, p. 187

<sup>168</sup> P. BONFILS, « Synthèse - Mineur victime », *Lexis Nexis*, Essentiel, actualisation : 21 Avril 2018, n°4, p. 9

<sup>169</sup> Loi du 24 juillet 1889 *relative à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* – permet de retirer l'enfant de la garde de ses parents pour le confier à l'Assistance publique

<sup>170</sup> Loi du 19 avril 1898 *relative à la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants* – prévoit l'aggravation du délit lorsque l'auteur est l'ascendant ou le gardien de l'enfant

<sup>171</sup> J.-F. RENUCCI, op. cit. n°58, p. 23



## **I. La place de la minorité dans la constitution de l'infraction**

A priori, la plus part des infractions du droit pénal français peuvent être commises à l'encontre des mineurs. L'émergence du droit pénal des mineurs victimes tient en réalité à la création, puis à la multiplication des infractions ne pouvant être commises qu'à l'encontre de mineurs (A), ou des circonstances aggravantes lorsque des infractions non spécifiques sont commises sur des mineurs (B).

### **A) Les infractions ne pouvant être commises qu'à l'encontre des mineurs**

L'enfant est donc devenu progressivement une valeur protégée, grâce à l'insertion dans le code pénal d'infractions n'existant que parce qu'un mineur en est la victime. Ces infractions sont le reflet des valeurs de notre société où le législateur entend protéger de façon large le cadre de vie du mineur, c'est-à-dire sa famille en sanctionnant l'atteinte à l'autorité parentale (1-), et de façon plus restreinte son intégrité physique (2-).

#### **1- La protection de la famille autour du mineur**

Un enfant ne serait rien sans sa famille, ce qui implique que le droit pénal la prenne également en compte afin de protéger la structure familiale, qui représente un cadre stable et structurant pour les enfants et ce quel que soit leur âge. C'est la raison pour laquelle la minorité est un élément constitutif de l'infraction de non-représentation d'enfants. Il s'agit en effet d'une infraction qui porte atteinte à l'exercice de l'autorité parentale, non à l'intégrité physique ou morale des mineurs. Selon Jean-François RENUCCI, il s'agirait même de « *l'une des atteintes les plus graves à l'exercice de l'autorité parentale* »<sup>172</sup>.

L'article 227-5 du code pénal prévoit ainsi que « *le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende* ». Comme le relève une jurisprudence ancienne, la *ratio legis* du texte est de permettre l'exécution des décisions de justice relative à l'exercice de l'autorité parentale<sup>173</sup>. Elle implique donc une situation où plusieurs personnes ont des droits sur les enfants. Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui résulte du non-respect par l'une de ces personnes du droit des autres personnes.

Cette infraction est le plus souvent la réalisation d'une situation conflictuelle entre plusieurs personnes autour d'enfants mineurs. Ici, la minorité est retenue tout simplement, sans distinction ce qui est heureux. De ce fait, l'élément constitutif de minorité sert ainsi de cadre à la protection de l'autorité parentale.

Cette acception large de la minorité n'est cependant pas retenue, de façon assez surprenante pour des infractions portant directement atteinte au corps du mineur.

---

<sup>172</sup> J.-F. RENUCCI, op. cit. n°58, p. 29

<sup>173</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 19 octobre 1935 ; voir également Cour de cassation, chambre criminelle, 13 nov. 1957

## 2- La protection de la personne du mineur

Les auteurs parlent de « *la protection du mineur en particulier* »<sup>174</sup> ou encore d'infraction « *contre la situation personnelle du mineur* »<sup>175</sup> en matière de délaissement d'un mineur. Cette infraction définie comme « *le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende* » est prévue et réprimée par l'article 227-1 du code pénal.

Il s'agit de sanctionner l'attitude irresponsable d'abandon d'un mineur de 15 ans, par une personne, le plus souvent titulaire de l'autorité parentale, ou même simplement gardienne. Il semblerait ainsi que le législateur ait volontairement conçu le délaissement de mineur comme une infraction assez large, d'autant plus que l'abandon peut avoir lieu « *en un lieu quelconque* ».

Une particularité de cette infraction est d'être immédiatement accompagnée d'une cause d'exonération de responsabilité qui vise à éviter que des personnes abandonnant leur enfant dans un hôpital parce qu'elles sont dans l'impossibilité de l'élever ne soit poursuivies. Dans ces cas, il s'avère en effet que la vie de l'enfant n'est pas menacée<sup>176</sup>.

Ce qui retient l'attention, c'est que si la minorité est effectivement un élément constitutif de l'infraction, l'article ne vise cependant, que les mineurs de quinze ans. Sur la base de l'étude de l'historique de cet article, Yves MAYAUD relève que les articles 349 à 353 de l'ancien code pénal abrogé englobaient dans leurs prévisions les enfants et les incapables quel que soit leur âge<sup>177</sup>. En ce sens, le droit positif se veut moins répressif, pour des événements s'apparentant le plus souvent à un malentendu<sup>178</sup>, ou à de l'arrogance et de l'irresponsabilité<sup>179</sup>.

Toujours est-il que même si ces auteurs louent cette solution d'âge<sup>180</sup>, ainsi que les précisions apportées par la chambre criminelle dans son arrêt de 2000, à partir de 15 ans, les mineurs sont traités comme des adultes. Ils tombent alors sous le coup de l'article 223-3 du code pénal, qui implique de prouver qu'ils ne sont pas en mesure de se protéger en raison de leur âge.

Il ne s'agit pourtant pas d'un véritable passage de relai. La minorité est prise en compte dans cette incrimination, mais certainement pas de façon constructive et protectrice pour tous les mineurs. Ainsi, à seize ou dix-sept ans, ceux-ci peuvent se retrouver à la rue, sans rien et aucune protection accordée par le droit pénal, et par conséquent par le droit civil, car lorsque ce type d'abandon du mineur est reconnu par la justice pénal, l'article 350 peut produire des effets civils, telle que la présentation à l'adoption du

---

<sup>174</sup> A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, P.U.F, coll. Thémis, 1<sup>ère</sup> édition, 2015, p. 197

<sup>175</sup> J.-F. RENUCCI, op. cit. n°58, p. 39

<sup>176</sup> A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ famille*, 2002, p. 244

<sup>177</sup> Y. MAYAUD, « Le délaissement de mineur ou d'une personne hors d'état de se protéger, un acte positif pour un abandon définitif », *RSC*, 2000, p. 610

<sup>178</sup> Cour d'appel de Paris, 02 juill. 1982 ; *Rev. pénit.*, 1984, p. 100

<sup>179</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 23 février 2000, n° 99-82.817 ; *Bull. crim. n° 84*

<sup>180</sup> A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, op. cit. n°174, n°307, p. 198 ; dans le même sens A. GOUTTENOIRE-CORNUT, op. cit. n°176

mineur. A contrario, on pourra dire qu'à un tel âge un mineur ne souhaite pas forcément être adopté, mais en réalité, cela traduit une vraie dépenalisation.

S'il est aujourd'hui indéniable que la protection offerte aux mineurs victimes s'est considérablement renforcée, des limites se posent à l'intérieur même de la minorité comme élément constitutif. Il faut également noter que les bornes de la minorité constituent des points de discussion considérable et très sensibles.

## **B) La naissance et la majorité comme bornes strictes de protection**

Une catégorie pose toujours la question de ses limites. La minorité s'entend à *contrario* de la majorité, cette dernière étant fixée par la CIDE<sup>181</sup> et par le code civil à dix-huit ans<sup>182</sup>. Il est tout à fait normal que ces limites existent, il est cependant plus difficile à comprendre que la jurisprudence ou la loi s'y tiennent avec une rigueur qui confine à l'absurde. C'est le cas de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au refus de reconnaissance de l'homicide du fœtus (1) ou de la saga législative relative à l'inceste (2).

### **1- Le refus de reconnaissance de l'homicide du fœtus**

La CIDE pose le principe selon lequel « *un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans* ». Comme il a été remarqué plus haut, il s'agit d'une limite haute, en revanche, le texte ne donne pas de limite basse pour la minorité. Dès lors se pose la question de savoir à partir de quel moment l'être humain acquiert la personnalité juridique.

Face aux différents courants théoriques, le législateur s'est bien gardé de définir ce qu'était une personne, aussi bien en droit civil qu'en droit pénal. Les civilistes ont pour eux quelques indications, notamment l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il s'agit de son intérêt) et l'article 79-1 du code civil qui tend à reconnaître la déclaration d'enfant mort-né auprès de l'officier d'état civil.

Le droit pénal n'est pas indifférent à l'être humain dès avant sa naissance, puisque les lois bioéthiques<sup>183</sup> posent le principe d'inviolabilité du corps humain (article 16-1 du code civil), et par conséquent des dispositions qui incriminent des comportements portant atteinte à ce principe<sup>184</sup>.

Une question reste cependant plus sensible que les autres, c'est celle de l'absence de reconnaissance par la jurisprudence de la Cour de cassation de l'homicide involontaire du fœtus. La Chambre criminelle et

---

<sup>181</sup> Article premier de la CIDE : « *Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de 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.* »

<sup>182</sup> Article 414 du code civil : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.* »

<sup>183</sup> Loi n° 94-653, 29 juillet 1994, *relative au respect du corps humain*, JORF n°175, 30 juillet 1994, p. 11056 ; loi n°94-654, 29 juillet 1994, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, JORF n°175, 30 juillet 1994, p. 11060

<sup>184</sup> Articles 511-1 à 511-25-1 du code pénal

l'Assemblée plénière<sup>185</sup> ont rendu plusieurs arrêts qui rejettent systématiquement la qualification d'homicide involontaire sur les enfants mort-nés des suites d'une faute (article 121-3 du code pénal). Ces arrêts se situent notamment dans les hypothèses de faute médicale<sup>186</sup> ou encore en matière d'accidents de la circulation<sup>187</sup>. La Cour de cassation réussit le tour de force de réunir contre elle une grande partie de la doctrine<sup>188</sup>. Sur cette question, la Cour européenne des droits de l'homme refuse également de se prononcer<sup>189</sup>.

Il faut ici remarquer que l'argumentation de la Haute cour, qui se dégage au fil de ces arrêts est pour le moins discutable. En effet, à l'appui de la cassation, elle invoque le critère de « naissance en vie » qu'elle dégage du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, ce qui peut prêter à sourire de la part de la Chambre criminelle. Elle semble également craindre que sa jurisprudence ne soit interprétée comme remettant en cause l'interruption volontaire de grossesse. Là encore, il s'agit d'une erreur, car il s'agit d'une procédure consacrée dans le code de la santé publique, et on voit mal comment une jurisprudence pénale pourrait remettre en cause une disposition légale.

Dans tous les cas, s'il est une chose qui soit certaine, c'est que le législateur place au plus haut le droit à la vie. Par son refus de consacrer au moins l'évidence selon laquelle la vie commence dès la conception, la chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une position clairement *contra legem*. Si la problématique de l'inceste se pose en des termes absolument différents, son étude apporte un éclairage sur la fixation du seuil de minorité dans certaines infractions.

## 2- La question de l'inceste dans le code pénal

L'inceste constitue un interdit fondamental, qui a participé à la construction du droit de la famille en tant qu'empêchement dirimant au mariage (article 161 du code civil), constituant une cause de nullité absolue de celui-ci (article 184 du code civil). Néanmoins pendant longtemps, le droit pénal ne l'a pas pris en considération en tant que tel, comme s'il s'agissait d'un « *tabou* »<sup>190</sup>. Ainsi, une relation sexuelle entre parents proches ne pouvait être pénalisée que si les éléments constitutifs du viol, ou de l'agression

---

<sup>185</sup> Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 Juin 2001, n° 99-85.973 ; obs. J. SAINTE-ROSE, « Un fœtus peut-il être victime d'un homicide involontaire ? », *Dalloz*, 2001, p. 2917 ; obs. Y. MAYAUD, « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Dalloz*, 2001, p. 2917 ; obs. B. BOULOC, « Notion de victime d'un homicide involontaire », *RSC*, 2002, p. 97 ; obs. A. TERRASSON DE FOUGERES, « Le foeticide », *RDSS*, 2001, p. 829 ; obs. J. HAUSER, « L'Assemblée plénière et le fœtus : brèves remarques », *RTD Civ.*, 2001, p. 560 ; obs. J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu », *Dalloz*, 2001, p. 2907

<sup>186</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 30 Juin 1999, n° 97-82.351 ; voir également Cour de cassation, chambre criminelle, 25 Juin 2002, n° 00-81.359 ; Cour de cassation, chambre criminelle, 04 Mai 2004, n° 03-86.175

<sup>187</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 02 Décembre 2003, n° 03-82.344 ; obs. J. PRADEL, « Violences involontaires sur femme enceinte et délit d'homicide involontaire », *Dalloz*, 2004, p. 449 ; obs. Y. MAYAUD, « Du fœtus à l'enfant né vivant... : suite ou fin ? », *RSC*, 2004, p. 348

<sup>188</sup> J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *Dalloz*, 2004, p. 2456 : « D'un autre côté, la doctrine, dans sa très grande majorité, soutient l'applicabilité de l'art. 221-6 c. pén. ; ce sont en effet 28 auteurs sur 34 qui ont condamné les trois arrêts précités ».

<sup>189</sup> Cour EDH, 08 Juillet 2004, *Vo contre France*, n° 53924/00 ; obs. J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2004, p.1809 ; obs. J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *Dalloz*, 2004, p. 2456

<sup>190</sup> A.-M. LEROYER, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.*, 2010, p. 381

sexuelle étaient réunis. Le fait que la relation se soit déroulée dans le cadre d'une relation familiale constituait alors uniquement une circonstance aggravante, alourdissant la peine encourue par l'auteur. Inversement, si le « *fait d'inceste* »<sup>191</sup> n'entraîne pas dans ces prescriptions, le droit pénal n'y trouvait rien à redire.

Heureusement, le législateur est là pour nous rappeler que les viols et agressions sexuels commis au sein de la famille sont des incestes<sup>192</sup>. En effet, il s'est saisi de la question par la loi du 08 février 2010 en reprenant un rapport rédigé sur la question en 2005<sup>193</sup>. Il ne s'agit cependant que du premier volet d'une assez longue saga juridique, qui traduit d'une certaine façon un dialogue institutionnel, à tous le moins le manque flagrant de qualité du travail législatif<sup>194</sup>.

Certains auteurs sont assez favorables<sup>195</sup> à ce texte affirmant qu'une consécration même symbolique permet au moins de nommer le phénomène et par la même « *ne peut que concourir à favoriser sa dénonciation et donc à permettre sa sanction* »<sup>196</sup>. Cette disposition est sans conteste caractérisée par sa neutralité normative<sup>197</sup>. Comme le reconnaît la circulaire de présentation de la loi<sup>198</sup>, il s'agit essentiellement d'inscrire la notion dans le droit positif, apportant ainsi des modifications procédurales ayant des effets immédiats.

C'est le Professeur Agathe LEPAGE qui relève à plusieurs reprises, que le modèle d'inceste que le législateur consacre, ne concerne que les mineurs<sup>199</sup>. Cela ne coïncide cependant pas avec les conceptions de l'inceste qui résultent d'autres disciplines, notamment la psychologie, pas plus que cela ne sert la notion devenue juridique d'inceste en la diluant et en introduisant une sorte de distinction à l'intérieur de la distinction. Le Professeur Jean-Baptiste PERRIER souligne cette idée en relevant que cette distinction entre majeur et mineur va à l'encontre même des objectifs du législateur car cela nuit réellement au ciblage statistique et à la prise en charge des auteurs<sup>200</sup>.

---

<sup>191</sup> N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, thèse préfacée par C. NEIRINCK, PUAM, 2006, 465 pages

<sup>192</sup> Article 222-31-1 du code pénal issue de la loi du 08 février 2010 : « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ».

<sup>193</sup> C. ESTROSI, *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?*, Rapport de mission parlementaire, Paris, 25 juillet 2005

<sup>194</sup> Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC ; voir obs. E. ALLAIN, *Dalloz actualité*, 26 septembre 2011

<sup>195</sup> D. GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2010, p. 599 ; voir également A.-M. LEROYER, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.*, 2010, p. 381

<sup>196</sup> A.-M. LEROYER, op. cit. n° 190

<sup>197</sup> P. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC*, 2010, p. 462

<sup>198</sup> Circulaire de la DACG du 9 février 2010 n° CRIM-10-3/E8 *relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi du n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux*

<sup>199</sup> A. LEPAGE, « Infractions contre les personnes - Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, n° 12, 22 Mars 2010, doctr. 335 ; voir également A. LEPAGE, « Agressions sexuelles - Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Droit pénal*, n° 5, Mai 2016, étude 11

<sup>200</sup> J.-B. PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le code pénal (Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance) », *RSC*, 2016, p. 381

L'étude des points de départ et d'arrivée de la minorité, révèle que cette notion s'avère pour le moins tranchante, puisque le législateur et la jurisprudence semble s'obstiner à fermer des pistes qui pourtant pourraient s'avérer prometteuse pour la protection de tous les êtres humains âgés de moins de 18 ans, même s'il est tout à fait certain que des limites doivent être trouvées.

Il est également intéressant de voir que parfois la minorité s'utilise non comme élément spécifique dans la caractérisation d'une infraction, mais comme circonstance aggravante des délits non spécifiques.

## **II. La minorité comme circonstance aggravante des délits non spécifiques**

Des circonstances aggravantes peuvent être définies comme étant des « *faits visés par la loi obligeant le juge à prononcer une peine plus forte que la sanction normalement encourue* »<sup>201</sup>. S'il est un constat qui doit être fait, c'est celui que la minorité est une circonstance aggravante spéciale, elle doit donc être prévue par le texte d'incrimination pour être applicable.

Afin d'offrir une meilleure protection des mineurs victimes, le législateur envisage à côté des infractions où la minorité est une condition préalable, des infractions beaucoup plus nombreuses où la répression encourue sera aggravée car un élément de relatif à la minorité entre en jeu. Il en est ainsi des circonstances aggravantes tenant à l'âge de la victime (**A**) ou des circonstances aggravantes tenant aux circonstances de fait (**B**).

### **A) Les circonstances tenant à l'âge de la victime**

Les seuils d'âges sont des éléments classiques en droit pénal des mineurs, et se retrouve de ce fait aussi bien dans la constitution des infractions, que dans les circonstances aggravantes, ce qui conduit au fait que les circonstances aggravantes font apparaître plusieurs catégories de mineurs (**1**), ce qui suppose de devoir recourir à la notion de vulnérabilité, qui est beaucoup plus difficile à établir (**2**).

#### **1- Les différents mineurs**

De façon très classique, le législateur semble attribuer des circonstances aggravantes à des infractions de droit commun parce qu'il lui apparaît comme plus grave que ces infractions soient commises à l'encontre de mineurs.

Ainsi, pour la plus part des circonstances aggravantes liées à la minorité, il ne s'agit pas simplement de mineurs mais de mineurs de quinze ans. En étudiant une telle liste, il apparaît que ce sont ces infractions correspondent à des atteintes à la personne humaine<sup>202</sup>, en allant des violences les plus classiques et les

---

<sup>201</sup> G. CORNU, op. cit. n°38, « circonstance (aggravante) », p. 173

<sup>202</sup> A. GOUTTENOIRE, « Enfance », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2016, n° 114

plus graves, aux infractions sexuelles et de proxénétisme, ou enfin, à celles relevant de la législation sur les stupéfiants.

Cela révèle une conception très classique de la nécessité de protéger les mineurs, qui se traduit par une sévérité maximale de la peine encourue à l'encontre de l'auteur. Cela apparaît ainsi presque comme une dimension symbolique du droit pénal.

En réalité, la distinction entre les différents mineurs victimes est ici, si ce n'est pertinente, à tous le moins évocatrice car elle permet d'en déduire l'importance que leur accorde le législateur. Il est également pour le moins étonnant de noter que toutes les infractions pour lesquelles la minorité tout court est une circonstance aggravante, ont en commun d'être relatives à une forme d'« activité ». Il s'agit en effet de proxénétisme, de traite des êtres humains, de l'exploitation de la mendicité et enfin de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité. En d'autres termes, si les mineurs de dix-huit ans ne sont plus protégés pour eux-mêmes contre des violences physiques, le législateur veille tout de même à ce qu'ils ne puissent pas se faire exploiter.

Cela rejoint d'une certaine manière les circonstances aggravantes tenant à la vulnérabilité, qui elles ne sont pas spécifiques aux mineurs, mais qui peuvent venir au soutien de situations infractionnelles pour lesquelles la circonstance aggravante de minorité quelle qu'elle soit n'est pas prévue.

## **2- Le complément apporté par la vulnérabilité**

Il faut ici préciser que la jurisprudence considère qu'il n'est pas possible de tirer d'un même fait la circonstance aggravante de minorité et celle de vulnérabilité, car celles-ci relèvent de la même logique<sup>203</sup>. Le code pénal ne donne pourtant pas de définition de la notion de vulnérabilité, mais seulement quelques indices éparses, notamment à l'article 223-15-2 incriminant l'abus de faiblesse<sup>204</sup>.

De façon plus générale, il est facile d'observer que les infractions pour lesquelles la circonstance aggravante de vulnérabilité est prévue sont les mêmes que celles pour lesquelles la circonstance aggravante de minorité de quinze ans est prévue, ce qui permet de comprendre l'analogie faite par la jurisprudence.

C'est la raison pour laquelle, il est possible de dire que cette limite posée par le législateur n'est pas forcément problématique. En effet, en pratique, s'il s'avère qu'un mineur de quinze ans révolus a été la victime d'une telle infraction, l'auteur pourra être sanctionné à la hauteur de la bassesse que représente l'abus d'ignorance d'une personne mineure. Ce constat est rassurant dans la mesure où la circonstance aggravante de vulnérabilité est notamment prévue pour des infractions d'escroquerie et d'abus de confiance, car celles-ci peuvent avoir un aspect économique conséquent. Ainsi, cette circonstance

---

<sup>203</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 04 février 1998, n° 97-86.090 ; voir *Dalloz*, 1998, p. 101, « Le même fait ne peut être retenu comme constitutif de deux circonstances aggravantes » ; voir également M. DALLOZ, « Circonstances aggravantes », *Rép. droit pénal et procédure pénale*, juin 2017, n° 43

<sup>204</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n° 64, n° 1833, p. 1175

aggravante particulière connaît un champ d'application plus large, qui permet de prendre en compte la minorité dans un plus grand nombre de cas, plus représentatifs de la place qu'occupent les mineurs de moins de dix-huit ans dans la société.

Cette description serait cependant incomplète si les circonstances aggravantes ne prenaient pas en compte un élément qui est très spécifique aux mineurs, c'est-à-dire leur lien leur entourage et notamment leurs parents qui peut les conduire à faire volontairement des choses qu'ils ne feraient pas par eux-mêmes.

## **B) Les circonstances aggravantes circonstanciées**

La minorité n'est ici pas directement visée, mais en réalité, elle transparait dans ces circonstances aggravantes non spécifiques par la situation qu'elles créent autour du mineur et sans laquelle celui-ci ne se serait sans doute pas retrouvé victime d'une infraction. La nécessité d'une protection renforcée du mineur vient également du fait que ces infractions sont ainsi le plus souvent commises par quelqu'un de proche, en qui le mineur avait le plus souvent confiance, ce qui est le cas du parent (1), mais également de la personne qu'un mineur pourrait avoir envie d'aider à commettre une infraction (2).

### **1- Le lien de parenté ou d'autorité**

Le lien de parenté peut être défini comme le « *lien qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, soit entre personnes qui descendent d'un auteur commun et auquel la loi attache des effets de droit, compte tenu notamment de la proximité de la parenté et naguère de la qualité du lien* »<sup>205</sup>. Ce lien confère à ceux qui en bénéficient des droits particuliers. Relativement aux mineurs, il s'agit donc des ascendants légitimes, naturels et adoptifs.

Le lien d'autorité est quant à lui défini de façon plus circonstanciée, puisqu'il peut s'agir d'une autorité de fait, comme le conjoint ou de le concubin d'un des parents, ou encore même du mari de l'assistante maternelle à qui l'enfant était confié<sup>206</sup>.

Ces éléments sont particulièrement intéressants notamment dans le cadre de l'étude de l'infraction d'atteinte sexuelle sans violence. En effet, l'un des éléments constitutif de l'infraction d'atteinte sexuelle dans violence est l'âge du mineur, ce qui exclut une quelconque circonstance aggravante issue de l'âge de la victime. Dès lors, ce lien retrouve une place centrale dans l'aggravation de la répression de tel comportements. Si cette articulation est classique s'agissant des mineurs de quinze ans, elle se trouve renforcée dans le cadre des mineurs de quinze ans révolus. Le législateur matérialise par là sa reconnaissance du fait que ces mineurs ont une liberté sexuelle et une capacité de comprendre plus

---

<sup>205</sup> G. CORNU, op. cit. n°38, « parenté (lien de) », p. 727

<sup>206</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 05 décembre 2007, n°06-87.319



étendue que les autres. Dès lors, il n'exige en effet pas seulement une autorité de fait, mais l'abus de l'autorité que lui confère ses fonctions, le cas typique du professeur qui aurait une relation avec un élève.

Cette étude permet de dresser le constat de la pertinence d'une telle aggravation, qui puise ses racines dans la minorité, mais qui permet de toucher bien des membres du cercle proches gravitant autour des mineurs, ce qui est également le cas de la circonstance aggravante d'aide d'un majeur par un mineur.

## **2- L'aide d'un mineur apportée à un majeur pour commettre une infraction**

La loi du 09 septembre 2002, dite loi Perben I est venu ajouter cette nouvelle circonstance aggravante avec l'idée de « *lutter contre le phénomène consistant à faire, pour un majeur, commettre l'infraction par un mineur, dans le but de faire porter sur celui-ci la plus forte responsabilité pénale sachant que compte tenu de son âge la sanction sera moins sévère, la nouvelle loi a érigé ce comportement en circonstance aggravante, d'une part pour les violences et d'autre part pour le vol.* »<sup>207</sup>.

Il est facile de comprendre la raison pour laquelle le législateur a été contraint de n'offrir à cette nouvelle disposition qu'un champ d'application très restreint. Celle-ci pourrait en effet constituer un doublon avec l'autre circonstance aggravante spéciale de bande organisée. De là, il est tout aussi facile d'imaginer la raison pour laquelle la bande organisée conserve les faveurs de la pratique judiciaire. En effet, la bande organisée à l'avantage de permettre non seulement une aggravation de la peine encourue, mais elle offre de plus un régime procédural adaptée, avec des dispositifs d'enquête beaucoup plus poussés.

Si l'intention du législateur est louable, en matière de circonstances aggravantes, celui-ci ne doit pas perdre de vue les circonstances de fait qui peuvent fonder une aggravation. En effet, ce qui est problématique au-delà de l'aspect trop circonstancié et par là trop dilué, c'est le risque de voir apparaître des contrariétés avec les éléments constitutifs des infractions dont elles sont le support nécessaire.

Les adaptations substantielles permettent donc de prendre en compte la réalité factuelle, où les mineurs peuvent être les cibles d'infractions spécifiques du fait de leur place dans la société. Ils n'ont pas une pleine capacité d'agir par eux-mêmes, ou tout simplement de se rendre compte de ce qui leur arrive, alors que ces atteintes se déroulent le plus souvent dans un cadre familial. Au-delà de la prise en compte de cette dimension au niveau de l'infraction, et de la peine encourue par l'auteur, il est donc apparu comme nécessaire de prévoir également des adaptations procédurales qui prennent en compte les difficultés spécifiques des mineurs afin de préserver leur possibilité d'agir et de dénoncer des

---

<sup>207</sup> Circulaire CRIM n° 2002-15 E8 du 07 novembre 2002 relative à la *présentation des dispositions portant réforme du droit pénal des mineurs et de certaines dispositions de droit pénal spécial résultant de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice*

agissements. Pourtant, là encore les aménagements ne semblent parfois que partiels, demeurant donc en partie inadaptés.

## **Section 2 : Les adaptations procédurales erratiques**

« *Il est évident que la minorité de la victime d'une infraction justifie une protection particulière, au regard du traumatisme que cette infraction cause sur une personne fragile, tant d'un point de vue physique que psychique* »<sup>208</sup>. Ce constat résume assez bien l'unanimité de la doctrine et du législateur pour reconnaître la nécessité d'adopter des modifications procédurales, autour de la « *vulnérabilité des mineurs* »<sup>209</sup> ou encore leur « *fragilité naturelle* »<sup>210</sup>.

Il faut tout d'abord faire le constat selon lequel la procédure pénale applicable au mineur victime est en grande partie du droit commun, il n'est donc pas question d'une quelconque autonomisation. Pourtant, le mineur a la figure d'une victime particulière dès ce point de départ qu'est l'incapacité juridique (lecture à contrario de l'article 414 du code civil<sup>211</sup>).

Il en résulte une incapacité d'exercice, ce qui pose de nombreux problèmes en matière pénale, puisque le mineur victime pourrait potentiellement se retrouver placée dans une situation qui ne relèverait pas simplement de l'incapacité, mais plutôt de l'impossibilité d'exercer des droits.

Le législateur a très progressivement, mais surtout très récemment pris conscience de cette situation un peu bancale, c'est la raison pour laquelle, la loi du 17 juin 1998<sup>212</sup> marque véritablement un tournant. Il s'agit d'une loi relative à la répression des infractions sexuelles, qui introduit dans l'imaginaire collectif la figure du délinquant sexuel s'attaquant à des enfants parfois jeunes.

La société prend alors conscience que particulièrement pour les enfants et les femmes, le risque de subir une agression vient moins de l'extérieur que de l'intérieur du foyer. Les statistiques tendent à confirmer cette tendance, puisqu'en 2014, 134 femmes ont été tuées sous les coups d'un compagnon ou d'un ex-compagnon. On dénombre également 35 enfants mineurs tués dans le cadre de violences au sein du couple<sup>213</sup>. Les mentalités évoluent, la loi également, même si c'est de façon quelque peu erratique.

---

<sup>208</sup> P. BONFILS, « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G*, Etude n° 24, 9 Juin 2004, doct. 140

<sup>209</sup> P. BONFILS, « Chronique législative », *RSC*, 2007, p.337

<sup>210</sup> A. GOUTTENOIRE, « Enfance », *Rép. pénal et procédure pénale*, 2004, n°115, p. 12

<sup>211</sup> Article 414 du code civil : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance* ».

<sup>212</sup> Loi du 17 juin 1998, n° 98-468, relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

<sup>213</sup> Lettre de l'observatoire national des violences faites aux femmes, n° 8, novembre 2015, p. 2

Plusieurs interventions législatives auront en effet lieu en 2000<sup>214</sup>, et en 2004<sup>215</sup>, posant ainsi quelques bases.

D'autres textes seront adoptés par la suite en 2006<sup>216</sup> et enfin trois lois du 05 mars 2007 (relative à la prévention de la délinquance<sup>217</sup>, à l'équilibre de la procédure pénale<sup>218</sup> et à la protection de l'enfance<sup>219</sup>). Après cet immense travail du 05 mars 2007, le cadre se stabilise et il est aujourd'hui possible de prendre un certain recul, sur les aménagements des obstacles à la mise en mouvement de l'action publique (I), sans oublier le recueil et la prise en compte de la parole du mineur (II). Lorsqu'un mineur est victime, tous les éléments de la procédure doivent être consolidés pour donner la force à celui-ci d'attendre la réponse de la justice.

## **I. Aménagements des obstacles à la mise en mouvement de l'action publique**

Avant même de prétendre pouvoir sanctionner un comportement, il faut que la justice puisse en avoir connaissance. Cela n'a rien d'évident car la visibilité des infractions commises n'est pas optimale. C'est la raison pour laquelle le législateur a souhaité améliorer les canaux de partages d'informations, en aménageant au besoin certains secrets professionnels (A), tout en allongeant de façon très importante le délai pendant lequel ces infractions pourront être signalées (B).

### **A) Une amélioration parcellaire des canaux de signalement**

Le législateur fait le constat dans les années 2000 qu'il ne suffit pas de prévoir des procédures adaptées, des infractions aggravées, il faut encore que les faits infractionnels apparaissent et soient révélés au grand jour. Pour cela le législateur a développé les régimes de signalement adaptés pour les professionnels (1), tout en intégrant une dimension d'information du grand public (2).

#### **1- Un régime de signalement différencié**

Il existe des choses parfois si évidentes que l'on tend à les oublier, tel que les régimes de signalement d'infractions constatées sur des mineurs. Les mineurs victimes ne se rendent pas toujours compte de ce qui leur arrive, et leur entourage ne parvient pas à révéler ces secrets. Dans ce cas, être un tiers n'est pas évident non plus, puisque l'on entre dans les secrets des familles, ce que souligne Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE dans leur manuel<sup>220</sup>.

---

<sup>214</sup> Loi n° 2000-196 du 06 mars 2000, *instituant un Défenseur des enfants* – cette loi marque la réception de l'influence européenne en la matière ; Loi n° 2000-197 du 06 mars 2000 *visant à renforcer le rôle de l'école dans la prévention et la détection des faits de mauvais traitements à enfants* – loi dont l'origine est surprenante et originale

<sup>215</sup> Loi n° 2004-1 du 02 janvier 2004 *relative à l'accueil et à la protection de l'enfance* ; Loi n° 2004-204 du 09 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*

<sup>216</sup> Loi n° 2006-399 du 04 avril 2006 *renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*

<sup>217</sup> Voir n° 135

<sup>218</sup> Loi n° 2007-291 du 05 mars 2007 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*

<sup>219</sup> Loi n° 2007-293 du 05 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance*

<sup>220</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64 n° 1886, p. 1196

Pourtant, le code pénal érige en infraction pénale le fait de ne pas avertir les autorités compétentes d'un crime « *dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets* » (article 434-1, alinéa 1 du code pénal) ou de faits de maltraitements sur un mineur de quinze ans ou une personne vulnérable (article 434-3 du code pénal). Dès lors, tout un chacun a le devoir d'agir pour signaler une infraction et limiter les effets de celle-ci.

La question qui se pose vraiment est la recherche de l'information. Les plus aptes sont bien souvent des professionnels intervenant dans la vie de chaque enfant, c'est-à-dire les enseignants, les associations et les professionnels de la santé. Relativement aux enseignants, il faut ici signaler une initiative étonnante qui a abouti à la loi du 06 mars 2000<sup>221</sup>. En effet, comme l'indique Frédéric GRANET dans son article<sup>222</sup>, « *l'idée en revient à une classe de CM1-CM2 du Mesnil-sur-Oger, dont les élèves sensibilisés par une situation proche d'eux se sont mobilisés pour réfléchir puis élaborer un texte en vue de la réunion du Parlement des enfants le 5 juin 1999* ».

Cette illustration invite à réfléchir au rôle de la société civile face aux 83 000 cas de violences répertoriées en 1998. L'article L.542-2 du code de l'éducation<sup>223</sup> fixe ainsi la détection et la prévention de la maltraitance comme l'un des objectifs de la visite médicale que doivent passer tous les enfants à l'école. La place ainsi choisie par le législateur, initialement dans le code de la santé publique, puis dans le code de l'éducation indique également sur quelle institution le législateur entend s'appuyer le plus pour lutter contre ce type de phénomène.

Les enseignants ont donc une obligation de signalement assez large<sup>224</sup>, ce qui n'est pas le cas des médecins, pour lesquels le respect du secret médical est d'une importance capitale. La loi aménage d'une façon assez saugrenue le secret médical et les signalements, puisque le respect de celui-ci correspond à l'exception prévue par l'article 434-1, alinéa 2, 2° du code pénal. Il faudrait donc déduire de cette lecture que si les conditions du secret professionnel sont réunies, les médecins de santé sont astreints au secret, sauf si la loi en dispose autrement<sup>225</sup>.

Autrement dit, toute personne, qu'elle soit soumise à un secret professionnel ou pas, a l'obligation de prendre les mesures qui s'imposent. On ne reprochera jamais l'ignorance, mais l'abstention lâche de ne pas intervenir dans des situations qui finissent en drame. Punir ou menacer de punir n'est cependant pas suffisant, il faut également s'interroger sur les moyens offerts pour permettre ces signalements.

---

<sup>221</sup> Voir n°214

<sup>222</sup> F. GRANET, « Protection des enfants : deux nouvelles lois », *Dalloz*, 2000, p. 343

<sup>223</sup> Article L.542-2 du code de l'éducation : « *Les visites médicales effectuées en application du troisième alinéa (2°) de l'article L. 2112-2 du code de la santé publique et de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 541-1 du présent code ont notamment pour objet de prévenir et de détecter les cas d'enfants maltraités* »

<sup>224</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 17 novembre 1993, n° 93-80.466 ; obs. G. LEVASSEUR, « Non-assistance à personne en péril et manquement à une obligation de dénoncer », *RSC*, 1994, p. 332 ; même auteur « Refus de porter secours. Lien avec l'obligation de dénoncer un délit », *RSC*, 1994, p. 555

<sup>225</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1908, p. 1205 pour le décryptage

## 2- Le développement de la communication relative aux infractions commises contre des mineurs

En comparaison avec les canaux institutionnels d'alerte, qui ont été largement réformés par la loi du 05 mars 2007 relative à la protection de l'enfance, le législateur s'est assez précocement saisi du canal d'information médiatique.

Ainsi, c'est la loi du 10 juillet 1989<sup>226</sup> qui crée le 119, un numéro vert fonctionnant vingt-quatre heures sur vingt-quatre afin de donner des conseils à toute personne appelant. Le cas échéant, ce service transmet les informations dans le cadre du signalement administratif pouvant être fait auprès des services d'aide sociale à l'enfance des départements<sup>227</sup>.

L'autre dispositif médiatique qui fonctionne bien, c'est le dispositif « d'Alerte enlèvement ». Ce dispositif créé par une convention du 28 février 2006 entre le Ministère de la Justice et différents médias et entreprises de transport permet de signaler massivement l'enlèvement avéré d'un enfant. Le dispositif est utilisé avec parcimonie, mais il a prouvé son efficacité, puisque les 22 déclenchements ont permis de retrouver dans les heures ou les jours qui ont suivi tous les enfants sains et saufs.

Ces dispositifs médiatiques sont donc utiles parce qu'ils sont bien utilisés en complément des voies de signalements administratifs et judiciaires. La loi du 05 mars 2007 a en effet créé une chaîne cohérente dont le premier maillon est le signalement administratif des situations d'enfants en danger (article L.226-2-1 du code de l'action sociale et des familles<sup>228</sup>). Une évaluation de l'information préoccupante est alors réalisée et peut alors déboucher sur un signalement judiciaire auprès du parquet. Le signalement judiciaire est également possible par la voie directe d'une plainte déposée.

Les canaux d'informations sont désormais bien organisés et mieux rodés, même si des erreurs subsistent parfois. Tous les maillons de cette chaîne socio-judiciaire sont très sensibilisés à cette question, qui peut cependant mettre un certain temps à émerger, ce qui a conduit le législateur à aménager le régime de la prescription s'agissant des infractions commises à l'encontre des mineurs.

---

<sup>226</sup> Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, JO du 14 juillet 1989, n°163, p. 8869

<sup>227</sup> P. BONFILS, « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ Pénal*, 2014, p. 2

<sup>228</sup> Article L. 226-2-1 du code de l'action sociale et des familles : « Sans préjudice des dispositions du II de l'article L. 226-4, les personnes qui mettent en œuvre la politique de protection de l'enfance définie à l'article L. 112-3 ainsi que celles qui lui apportent leur concours transmettent sans délai au président du conseil général ou au responsable désigné par lui, conformément à l'article L. 226-3, toute information préoccupante sur un mineur en danger ou risquant de l'être, au sens de l'article 375 du code civil. Lorsque cette information est couverte par le secret professionnel, sa transmission est assurée dans le respect de l'article L. 226-2-2 du présent code. Cette transmission a pour but de permettre d'évaluer la situation du mineur et de déterminer les actions de protection et d'aide dont ce mineur et sa famille peuvent bénéficier. Sauf intérêt contraire de l'enfant, le père, la mère, toute autre personne exerçant l'autorité parentale ou le tuteur sont préalablement informés de cette transmission, selon des modalités adaptées. »

## B) La prescription dissociée du temps de la minorité

La prescription est « *la sanction procédurale de l'oubli ou de la négligence* »<sup>229</sup>, selon la formule de Dominique Noëlle COMMARET, Avocat général près la Cour de cassation. Il permet à l'auteur d'une infraction de rester impuni, seulement parce que les acteurs de la chaîne pénale ont laissé s'écouler le délai qui leur était imparti pour agir dans la recherche de l'infraction. Ainsi Audrey DARSONVILLE reprend Jean PRADEL et André VARINARD<sup>230</sup>, sur le constat de « *l'hostilité* » grandissante du législateur et de la jurisprudence à l'encontre de ce mécanisme, notamment un mécanisme de report du point de départ de la prescription (1) que le législateur conjugue avec l'allongement du délai de prescription (2), mais à trop tirer, le mécanisme risque de se briser.

### 1- Le report du point de départ de la prescription

Il n'est pas toujours évident d'accepter la réalité de l'infraction commise, particulièrement si ces infractions se déroulent dans un cadre familial<sup>231</sup>. C'est la position adoptée par la loi du 17 juin 1998, qui pour la première fois considère que la minorité est une cause de suspension de l'action publique. Il est dès lors possible d'affirmer que la minorité est devenue l'un de ces mécanismes « *qui empêchent le délai de la prescription d'arriver à son terme* »<sup>232</sup>. Ce type de dispositions s'est multiplié ces dernières années, particulièrement avec la loi du 27 février 2017<sup>233</sup> ce qui ne participe pas à la clarté du système.

Cependant, l'idée qui guidait et qui guide toujours le législateur, est celle selon laquelle un mineur peut prendre conscience de ce qu'il a vécu à partir du moment où il devient adulte et s'émancipe peu à peu de ses parents et de son cercle familial.

Il faut rappeler qu'en théorie, le délai de prescription court à compter du jour de la commission de l'infraction, sauf pour les infractions occultes ou dissimulées (article 9-1 du code de procédure pénale). Le principe du report permet de poser ce point de départ au jour de la majorité, tout en n'empêchant pas le mineur d'engager des poursuites bien avant sa majorité<sup>234</sup>. Ici, l'intérêt visé par le législateur est que cette victime pourra engager des poursuites par elle-même, car agir par l'intermédiaire des titulaires de l'autorité parentale demeure quelque chose de compliqué.

---

<sup>229</sup> D. N. COMMARET, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », *RSC*, 2004, p. 897

<sup>230</sup> J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, p. 101

<sup>231</sup> A. GOUTTENNOIRE, op. cit. n°202, n° 121 et suivant, p. 19

<sup>232</sup> A. DARSONVILLE, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal*, 2016, p. 306

<sup>233</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale

<sup>234</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 30 novembre 1994, n° 94-84.396 ; obs. J.-P. DUNTHILHAC, « Prescriptions – lois et règlements – application dans le temps – loi du 10 juillet 1989 – mineur victime – article 7 et 8 du code de procédure pénale », *RSC*, 1995, p. 367

Il est ici intéressant de noter que le législateur ne pose pas de distinction entre les mineurs, ne tenant pas compte du régime des circonstances aggravantes. Il n'y a plus d'exigence de minorité de 15 ans, comme si finalement tous les mineurs relevaient de la même nécessité de protection.

Cependant, il faut relever que la volonté affichée du législateur est essentiellement de rallonger ce délai pendant lequel l'action publique peut-être enclenchée.

## 2- Les divers allongements du délai de prescription

La circulaire du 28 février 2017<sup>235</sup> justifie l'allongement des délais de prescription par une formule, qui peut interroger. Ainsi, « *dans l'intérêt des victimes et afin de tenir compte des nouvelles méthodes et techniques d'investigation, de recueil et de conservation des preuves, la loi a doublé les délais de prescription de droit commun en matière criminelle et délictuelle* ». Elle maintient le point de départ de la prescription au jour de la commission de l'infraction, sauf exceptions, et les mineurs en sont une.

Cette loi apparaît donc comme favorable à la victime, d'autant plus qu'elle s'appuie sur la réforme ayant conduit à la suppression du principe d'application *in mitius* des lois de prescriptions, dès lors que celle-ci n'est pas acquise (article 122-2, 4° du code pénal). Il s'agit d'un aspect de sévérité de la loi du 09 mars 2004. Cela a des conséquences importantes sur le droit transitoire, que Philippe BONFILS résume très bien dans son article<sup>236</sup>.

Il rappelle la distinction traditionnelle entre les lois pénales de fond qui ne peuvent s'appliquer aux situations en cours car cela leur donnerait un effet rétroactif néfaste à l'auteur présumé. Il est également possible de voir ces lois comme des lois pénales de forme par l'emprunt qu'elles font de leur objet, qui est la prescription de l'action publique. L'esprit de la loi du 09 mars 2004 est cependant clairement orienté vers la sévérité, et par cette loi, tout comme la suivante du 27 février 2017, « *les nouveaux délais de prescription plus sévères se substituent aux anciens* »<sup>237</sup>.

Il semble donc clairement que le législateur agit de plus en plus pour gommer les obstacles qui pourraient se dresser sur le chemin de la justice des mineurs victimes. Il faut cependant remarquer que les mineurs plus que toute autre victime supposent une enquête adaptée. C'est là la véritable innovation plus adaptée, dans le sens de techniques particulières. La parole du mineur est fragile, elle peut être essentielle dans la procédure mais doit être maniée avec prudence et bienveillance.

---

<sup>235</sup> Circulaire du 28 février 2017 présentant les dispositions de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 *portant réforme de la prescription en matière pénale* - NOR : JUSD1706599C - BO min. justice n° 2017-03, 31 mars 2017

<sup>236</sup> P. BONFILS, op. cit. n° 208

<sup>237</sup> A. DARSONVILLE, op. cit. n° 232

## **II. Recueil et prise en compte de la parole du mineur**

La prise en compte de la parole du mineur n'est pas une question facile à percevoir car elle suppose d'imaginer des techniques procédurales uniques, prenant en compte la psychologie et de la fragilité des mineurs. Afin de ne pas fausser la procédure, le mineur doit être mis en confiance, ce qui se traduit par une adaptation possible de son environnement, c'est-à-dire sa représentation (A), mais également par des techniques d'interrogatoire qui le préserve (B).

### **A) Une adaptation nécessaire et méconnue de la représentation des mineurs**

Comme cela a déjà été relevé, la problématique en matière de mineur victime tient au principe d'incapacité juridique d'exercer une action en justice. Comme pour toutes les actions en justice, les mineurs non émancipés, les titulaires de l'autorité parentale vont intervenir à sa place et en son nom (1) afin d'exercer l'action civile, mais lorsque les circonstances de fait font que les titulaires de l'autorité parentale ne sont pas aptes à remplir leur fonctions, un tiers en la personne de l'administrateur ad hoc interviendra pour préserver les intérêts du mineur (2).

#### **1- L'intervention des parents du mineur victime dans la procédure**

Il faut rappeler que la victime et ses parents interviennent dans la procédure au titre de l'action civile. Celle-ci appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert d'un dommage causé par une infraction (article 2 du code de procédure pénale<sup>238</sup>). Cependant, du fait de la structure du procès pénal, qui oppose en réalité la société à l'auteur présumé de l'infraction, cette action ne peut se dérouler devant les juridictions pénales qu'après le déclenchement de l'action publique or ce sont bien les magistrats qui l'exercent.

Afin d'éviter l'inertie de la justice et impliquer la victime dans la poursuite de l'infraction, le pouvoir de déclencher cette action appartient cependant également à la partie lésée en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du code de procédure pénale<sup>239</sup>. Cet article ne distingue pas selon les parties lésées, ce qui signifie bien que les mineurs peuvent de façon très classique déclencher l'action publique par le biais de la plainte avec constitution de partie civile, ou par le biais de la citation directe, selon l'infraction. A cet égard, il faut remarquer que d'une certaine manière les moyens de déclenchements de l'action publique sont plus larges que les moyens de poursuites des mineurs délinquants, qui ne peuvent en aucun cas être poursuivis par le biais d'une citation directe.

Le mineur pourrait donc en principe le faire, mais son incapacité juridique l'en empêche, ce que le juge répressif rappelle lorsqu'il se trouve confronté à des constitutions de partie civile qui ne respectent pas cette règle. Il en est ainsi un exemple d'une décision rendue par la Cour d'appel de Douai, le

---

<sup>238</sup> Article 2, alinéa 1 du code de procédure pénale : « L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. »

<sup>239</sup> Article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du code de procédure pénale : « Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code. »



18 décembre 1991<sup>240</sup>. La chambre d'accusation<sup>241</sup> a confirmé le fait que la mineure, même victime d'agissements incestueux ne pouvait se constituer partie civile sans passer par l'intermédiaire de ses représentants légaux, alors même que ceux-ci étaient tous deux accusés d'avoir commis ces infractions de nature sexuelle contre elle. La Haute juridiction indique ainsi que l'action civile exercée dans le cadre de la poursuite d'une action pénale n'est pas la même chose que la saisine directe du juge des enfants par un mineur qui s'estime en danger<sup>242</sup>.

Cette règle ne vaut cependant que pour les mineurs non émancipés, car à contrario, les mineurs émancipés sont en capacité de réaliser tous les actes de la vie civile<sup>243</sup>. En réalité, les mineurs émancipés ne représentent qu'une infime partie des situations, de sérieux problèmes se posent quand se produisent des situations comme celle évoquée précédemment par la Cour d'appel de Douai.

Face à ce principe qui fait que ce sont les titulaires de l'autorité parentale qui doivent intervenir, le législateur a donc décidé de réagir en adaptant la procédure pour permettre à des tiers d'intervenir pour veiller à la défense des intérêts des mineurs victimes.

## 2- L'administrateur *ad hoc* pour garantir les intérêts du mineur

Afin d'éviter que des situations ne tournent au déni de justice, le législateur reconnaît « *au juge chargé de l'instance* »<sup>244</sup> la possibilité de nommer un administrateur *ad hoc*. Celui-ci est alors chargé de représenter les intérêts du mineur lorsque ceux-ci « *apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux* »<sup>245</sup>.

Cette disposition a été introduite de façon plus spécifique en procédure pénale, par la loi du 17 juin 1998. Après plusieurs réformes, l'article 706-50 du code de procédure pénale permet au procureur de la République ou au magistrat instructeur de désigner un administrateur *ad hoc* dans le cadre d'une procédure engagée sur une qualification de faits volontairement commis à l'encontre du mineur.

---

<sup>240</sup> Cour d'appel de Douai, chambre d'accusation, 18 décembre 1991 ; obs. « Une mineure victime d'un inceste ne peut se porter partie civile », *Dalloz*, 1993, p. 75

<sup>241</sup> La chambre d'accusation est devenue chambre de l'instruction depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* ; JO n° 0138, 16 juin 2000, p. 9038, texte n° 1

<sup>242</sup> Article 375 du code civil : « *Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public.* »

<sup>243</sup> Article 413-6, alinéa 1 du code civil : « *Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile.* »

<sup>244</sup> Cette expression très large permet à n'importe quel juge saisi d'une situation de nommer un administrateur *ad hoc*, même si un juge aux affaires familiales ou un juge des tutelles n'a pas été saisi au préalable ; voir Cour de cassation, chambre criminelle, 28 février 1996, n° 95-81.565 ; obs. C. DESNOYER, « Lorsque dans une procédure les intérêts d'un mineur paraissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles, ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter », *Dalloz*, 1997, p. 280

<sup>245</sup> Article 388-2, alinéa 1 du code civil : « *Lorsque, dans une procédure, les intérêts d'un mineur apparaissent en opposition avec ceux de ses représentants légaux, le juge des tutelles dans les conditions prévues à l'article 383 ou, à défaut, le juge saisi de l'instance lui désigne un administrateur *ad hoc* chargé de le représenter.* »

De plus, en droit positif, il n'est plus nécessaire que ces faits aient été commis par l'un des titulaires de l'autorité parentale. Dès lors, ces dispositions ont un champ d'application extrêmement vaste, cela d'autant plus depuis l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 octobre 2005<sup>246</sup>.

Cet arrêt est très intéressant et a été très commenté, car il permet une mise au point nécessaire. En effet, la loi du 17 juin 1998 a introduit une « pluralité de compétence »<sup>247</sup> dans le domaine de la désignation de l'administrateur *ad hoc*. Cette décision signifie alors deux choses, la première étant que le simple fait que les juridictions civiles n'aient pas désigné d'administrateur *ad hoc* n'empêche pas les magistrats répressifs de le faire. La deuxième observation est l'inverse de la première, c'est-à-dire que le magistrat civil en la personne du juge des tutelles, procède valablement à la désignation d'un administrateur *ad hoc*, alors même que les magistrats répressifs ne le trouvaient pas nécessaire.

Les auteurs semblent d'accord sur le fait que la Haute juridiction adopte une position très favorable à la parole de l'enfant<sup>248</sup>, afin de « garantir aux mineures une représentation impartiale. Pour cela, le juge civil devient le relais des magistrats répressifs, deux précautions valant mieux qu'une ... »<sup>249</sup>. Maryline BRUGGEMAN, tout comme une bonne partie de la doctrine, critique ainsi très vertement cet arrêt, en ce qu'il amoindrirait les conditions de désignation d'un administrateur *ad hoc*, faisant de ce dispositif normalement réservé aux cas les plus exceptionnels, un outil du commun. Celui-ci serait dès lors mis en œuvre pour de simples suspicions envers l'un des titulaires de l'autorité parentale.

Ici, il semblerait que le juge entre de plus en plus dans la famille par son recours à l'administrateur *ad hoc* au moindre signe de discordance entre les parents. Pourtant, il est également possible de voir le positif de cette situation puisque l'administrateur ne devient pas pour autant « la bonne à tout faire »<sup>250</sup>, sa mission reste ponctuelle et limitée, et surtout elle ne vise pas à dépouiller les titulaires de l'autorité parentale de leurs prérogatives. Des nominations plus aisées d'administrateur *ad hoc* permettront sans doute de désamorcer des conflits, et de mettre en garde les titulaires de l'autorité parentale relativement à leur comportement procédural.

Le législateur organise des systèmes qui permettent d'installer le mineur victime dans une position qui lui sera la plus favorable possible, en privilégiant toujours en premier les titulaires de l'autorité parentale qui sont le plus souvent les parents, les personnes les plus proches des enfants, par-là, les plus à même

---

<sup>246</sup> Cour de cassation, première chambre civile, 25 octobre 2005, n° 03-14.404 ; obs. Méline DOUCHY-OUUDOT, « Contentieux familial », *Dalloz*, 2006, p. 2430 ; obs. Jean HAUSER, « La guerre, réalisée, des *ad hoc* », *RTD civ.*, 2006, p. 103 ; obs. Maryline BRUGGEMAN, « Minorité - Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation ! », *Droit fam.*, n° 6, Juin 2006, étude 28

<sup>247</sup> T. FOSSIER, n°4, « Droit de la famille - Chronique par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI », *JCP G*, n° 52, 28 Décembre 2005, doct. 199

<sup>248</sup> C. NEIRINCK, « De Charybde en Scylla : l'administrateur *ad hoc* du mineur », *JCP G*, n° 12, 20 Mars 1991, doct. 3496 : « *Cependant la préoccupation contemporaine de donner la parole à l'enfant, d'assurer sa représentation en justice, a relancé la mode de l'administrateur *ad hoc*.* », p. 1

<sup>249</sup> Maryline BRUGGEMAN, « Minorité - Administrateur *ad hoc* du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation ! », *Droit fam.*, n° 6, Juin 2006, étude 28

<sup>250</sup> T. FOSSIER, op. cit. n°247, p. 3

de prendre les bonnes décisions pour ceux-ci. En cas d'échec, face à l'impérieuse nécessité de d'abord prendre en compte la protection de l'enfant, il faut envisager l'administrateur ad hoc. Il ne s'agit cependant pas d'intérêt supérieur de l'enfant, car la question de l'intervention du tiers ne se pose qu'après avoir envisager une situation normale. En d'autres termes, il n'y a pas de primauté, car la question de l'administrateur reste une question secondaire, de secours.

Dès lors que la question de la représentation du mineur est prévue, ce qui compte vraiment, c'est de pouvoir recueillir la parole de l'enfant de façon la plus sereine possible.

## **B) Le recueil de la parole de l'enfant par des techniques améliorées**

Contrairement à que Platon affirmait<sup>251</sup>, la vérité ne sort pas toujours de la bouche des enfants. C'est sans doute la leçon principale que l'on retient de l'affaire d'Outreau. Si la parole de l'enfant doit être accueillie avec bienveillance et de façon à éviter d'aggraver un grand choc psychologique, elle ne doit pas en revanche être sacralisée, car les mineurs victimes sont facilement manipulables et peuvent affabuler. C'est la raison pour laquelle le législateur a imaginé que soulager l'épreuve de l'interrogatoire par l'enregistrement audiovisuel devait être une bonne chose (1), ce qui va de pair, les aménagements des techniques d'interrogatoire (2).

### **1- Les modalités d'enregistrement audiovisuel dans l'optique de préserver le mineur**

L'enregistrement correspond à toute « *formalité de réception destinée à constater sur un support quelconque la remise d'une chose, une déclaration de volonté, l'existence d'un droit* »<sup>252</sup>. Encore, une fois, c'est la loi du 17 juin 1998 qui innove en introduisant la possibilité pour les enquêteurs de filmer les interrogatoires des mineurs victimes. Le législateur semble avoir pris conscience de l'aspect très douloureux et éprouvant pour la victime qui résulte de plusieurs auditions<sup>253</sup>. L'enregistrement visuel est sonore doit donc permettre d'éviter de nouvelles auditions du mineur sur le même sujet douloureux.

A l'origine, pour mettre en place un tel dispositif, il fallait recueillir l'accord du mineur, ou de ses représentants légaux. Cela peut paraître surprenant, mais une part non-négligeable d'entre eux le refusait<sup>254</sup>. Ainsi, dans un souci de rééquilibrage de la procédure pénale, la loi du 05 mars 2007 a supprimé cette étape, et désormais, il est possible de dire que l'enregistrement audio-visuel de l'audition d'un mineur est obligatoire. Cela non seulement par la suppression de la référence à l'accord de l'enfant ou de ses représentants légaux, mais également parce que la possibilité pour le procureur de la République ou le juge de s'y opposer a aussi été supprimée.

---

<sup>251</sup> Platon, *Le banquet*, environ 380 avant Jésus-Christ

<sup>252</sup> G. CORNU, op. cit. n°38, « enregistrement », p. 400

<sup>253</sup> P. BONFILS, op. cit. n°227

<sup>254</sup> Constat fait par M. le sénateur François ZOCHETTO, devant le Sénat pour la remise du rapport

Il faut ici remarquer que l'enregistrement n'est obligatoire que pour les infractions mentionnées à l'article 706-47 du code de procédure pénale, ce qui limite tout de même la portée de cette obligation. Ainsi, l'enregistrement est possible pour toutes les autres infractions, mais c'est seulement facultatif et on peut dire que le mineur, ses représentants légaux et les magistrats retrouvent la possibilité de s'y opposer. Cependant, cet aménagement très pratique, ne vaudrait pas grand-chose sans des techniques d'interrogatoire adaptées à la fragilité de ces mineurs.

## 2- Les aménagements bénéfiques des techniques d'interrogatoire

Outre-Atlantique le principe de l'interrogatoire filmé est très répandu, et vaut pour toutes les auditions. Le changement vient des forces de l'ordre canadiennes, qui constatent que pour obtenir la parole du mineur victime, il faut l'installer dans un environnement rassurant.

Cette nouvelle tactique d'interrogatoire va apparaître pour la première fois en France dans la pratique du parquet du Saint-Pierre de la Réunion, en 1991<sup>255</sup>. La procédure « Mélanie »<sup>256</sup> se met donc en place et prend de l'essor.

En réalité, cette procédure est plutôt ce que l'on pourrait appeler une technique d'enquête, qui part du principe que les services d'enquête sont des lieux plutôt austères et impersonnels. Il faut donc créer des conditions qui encourageront l'enfant à se détendre et à parler de ce qui lui est arrivé. Pour ces services, il s'agira d'investir spécifiquement un lieu qui leur servira uniquement dans le cadre de cette procédure.

La Direction des affaires criminelles et des grâces a rédigé un *Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes*, où ces salles « Mélanie » sont décrites comme des « bureaux pré-équipés pour accueillir des moyens d'enregistrement audiovisuels mobiles dédiés à ce type d'audition. Ces salles permettent d'entendre le mineur victime dans de meilleures conditions et de le filmer en entier, afin notamment d'observer son langage corporel, qui permet, s'agissant notamment de mineurs très jeunes, d'obtenir de multiples informations »<sup>257</sup>. Il en existerait une cinquantaine en France. Le Guide indique également des alternatives lorsque de tels locaux ne sont pas disponibles.

Il est intéressant de noter que cette technique d'enquête permet d'envisager l'interrogatoire sous de multiples formes, puisqu'elle permet d'insister sur la formation des enquêteurs, sur la manière dont les questions seront posées aux mineurs et enfin sur l'accompagnement possible du mineur par quelqu'un qui lui apparaît comme un soutien dans la procédure. C'est l'article 706-53 du code de procédure pénale qui prévoit cette modalité, même si en pratique les enquêteurs estiment souvent cela contreproductif. Ces renforts ne seront donc appelés que pour reconforter le mineur, si celui-ci en fait la demande<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Procédure applicable aux infractions de nature sexuelle – Protection des mineurs victimes », *JurisClasseur Procédure pénale - Art. 706-47 à 706-53*, n°179, actualisation : 21 Août 2017

<sup>256</sup> *Mélanie* est le prénom de la première petite fille à avoir fait l'objet de cette technique d'interrogatoire

<sup>257</sup> Direction des affaires criminelles et des grâces, *Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes*, septembre 2015

<sup>258</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n°1922, p. 1213

Le droit est une science vivante, qui n'a pas vocation à régler minutieusement toutes les situations. La pratique crée et inspire souvent les réformes, comme pour la procédure « Mélanie », qui a convaincu le législateur de la nécessité de prévoir dans la loi la possibilité de procéder à l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires de mineurs victimes. En matière de droit pénal des mineurs victimes, la question de la nécessité de protéger la victime est évidente, ce qui permet aux praticiens d'innover en matière de techniques procédurales les plus adaptées possibles à la réalité.

### **Conclusion :**

Le législateur crée du droit pénal afin de prévoir des punitions consécutives à des comportements jugés néfastes pour la société. Afin d'organiser le système d'administration de ces punitions, le législateur organise des procédures spécifiques encadrées par des principes supérieurs. Face à la société qui évolue, de nouvelles inquiétudes émergent et se développent. Le législateur y répond en créant des infractions et des procédures spécifiques.

Il en est ainsi du droit pénal des mineurs, qui a connu de forts développements récents. En l'étudiant, il est possible de s'apercevoir de ce que Jean-François RENUCCI qualifie comme étant « *la dualité du droit pénal des mineurs* »<sup>259</sup>. En effet, le grand thème général se distingue en réalité deux matières, qui s'articulent chacune autour d'une problématique spécifique et bien identifiée, la délinquance d'un côté et l'infraction subie de l'autre.

Le premier point commun entre les deux, c'est le mineur au cœur de la procédure, qui se caractérise par sa fragilité et par son immaturité. Cela conduit les majeurs à prendre des décisions pour lui dans le but de garantir son bien-être et son intérêt. L'autre point commun tient au fait qu'une infraction a été commise, la réaction sociale, matérialisée par la poursuite de l'infraction, a donc sans doute eu lieu trop tard.

D'un autre côté, ce qui distingue ces deux matières, c'est la place qu'occupe le mineur dans la procédure. Dès lors, on peut dire qu'entre les mineurs délinquants et les mineurs victimes se dégagent deux procédures pénales adaptées aux problématiques que pose dans ces deux cas la minorité.

Ainsi, dans le cas du mineur délinquant, on considère traditionnellement que des réponses adaptées doivent être apportées. C'est l'ordonnance du 02 février 1945 qui régit cette question. Ce texte a été adopté dans le contexte particulier de l'après-guerre, où d'une certaine manière, tous les espoirs étaient permis et la souffrance causée par la guerre surpassait ce que la société pouvait craindre de ses enfants. Le Professeur Christine LAZERGUES qualifie ce texte et son esprit de « *fleuron du système pénal français* »<sup>260</sup>. Le Professeur LAZERGUES estime cependant qu'une d'une certaine façon cette époque

---

<sup>259</sup> C. LAZERGUES, op. cit. n°57, p. 4

<sup>260</sup> C. LAZERGUES, op. cit. n°57, p. 7

est révolue, et il est vrai que désormais les textes relatifs à l'enfance délinquante sont plus tournés vers la répression que vers la protection.

C'est exactement le mouvement inverse qui s'est produit relativement aux mineurs victimes. En effet, après avoir été longtemps ignoré par le législateur, comme englouti dans une société fondée sur la famille et sur le père, la figure de l'enfant victime émerge. La mode est à la participation de l'enfant à la procédure, car désormais, il faut recueillir son avis pour toutes les décisions qui le concerne<sup>261</sup>, même lorsque le consentement de ses représentants légaux est suffisant. A cet égard, comme le souligne Adeline GOUTTENOIRE, l'écran de la représentation perd de plus en plus de sa force<sup>262</sup>.

Ce mouvement est sans doute amplifié par l'influence des textes internationaux en la matière, notamment la CIDE. Ainsi, la reconnaissance de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a été une petite révolution en droit civil, notamment en droit de la famille. C'est peut-être ce qui explique l'arrêt rendu par la Première chambre civile, le 25 octobre 2005 qui étend au maximum la possibilité pour les magistrats civils et criminels de nommer un administrateur ad hoc lorsque le mineur a été victime d'une infraction. L'arrêt qui reconnaît l'applicabilité directe de la CIDE a en effet été rendu le 18 mai de la même année. Cet arrêt ne doit cependant pas être interprété de façon exagérée, car il ne concerne qu'un aspect très marginal de la procédure pénale.

D'autant plus qu'à l'inverse, la chambre criminelle ne s'est pas du tout saisie de la question. L'intérêt supérieur de l'enfant ne fait pas du tout partie de sa jurisprudence, pas plus qu'il ne fait partie des textes applicables en la matière. Ainsi, il est possible d'affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant ne prime pas en droit pénal français, non seulement parce qu'il n'est pas reconnu par les textes et par la jurisprudence, mais également parce qu'il ne pourrait pas trouver à s'appliquer. La logique qui sous-tend cette notion vise à faire entendre la voix d'un mineur au cœur d'une procédure mais qui n'a pas voix au chapitre, typiquement les procédures de divorce. Or, le droit pénal des mineurs, qu'ils soient délinquants ou victimes, les place déjà au cœur de la procédure, car dans tous les cas ils sont l'objet de la procédure.

Ainsi, on peut affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant ne prime pas actuellement en droit pénal français et c'est heureux car cette matière ne se prête pas à la mise en œuvre d'une telle notion. Ce constat est d'autant plus facile à faire que la matière a des principes protecteurs propres. Il s'agit tant à la fois d'un principe de valeur constitutionnelle découvert spécifiquement par le Conseil constitutionnel, que de l'application des principes et notions de droit communs.

---

<sup>261</sup> Article 371-1, alinéa 3 du Code civil : « *Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* »

<sup>262</sup> A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ Famille*, 2003, p. 368

## **Partie 2 : Des principes protecteurs du droit pénal des mineurs en particulier et en général**

*« La France n'est pas assez riche d'enfants pour qu'elle ait le droit de négliger tout ce qui peut en faire des êtres sains »<sup>263</sup>.*

Cette formule tirée de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 02 février 1945, est restée célèbre car elle illustre le problème que pose réellement la délinquance des mineurs, c'est-à-dire, que les enfants sont des éléments précieux pour la société car ils sont l'avenir, mais dans le même temps, ils commettent des actes réprimés par la loi. Pour autant, aucun d'eux ne mérite d'être abandonné, particulièrement car les enfants présentent la particularité de pouvoir encore être éduqués.

Ce texte est une véritable œuvre, un plaidoyer très fort en faveur de la protection de la jeunesse par l'adaptation des mesures de droit commun. Enfin, c'est un texte d'une très grande modernité et empreint de bon sens, qui rappelle qu'en réalité, le statut du mineur délinquant a été fixé par la loi du 22 juillet 1912. En effet, c'est bien ce texte qui a permis la création de juridictions spécialisées, d'une procédure spéciale, de l'examen de personnalité, du rappel de la référence au discernement et principe de primauté des mesures d'éducation, caractérisé notamment par la création de la liberté surveillée.

Les principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs délinquants apparaissent donc dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, pour être valeureusement réaffirmés au sortir de la guerre par l'ordonnance du 02 février 1945. Les principes du procès pénal du mineur sont connus et affirmés depuis longtemps, et ils ne tendent absolument pas à permettre au juge de parler à la place du mineur dans son intérêt supérieur. Il s'agirait au contraire d'un principe qui déstabiliserait l'équilibre que garantit l'autonomie du droit pénal des mineurs.

Le droit positif semble cependant être resté bloqué sur cette ordonnance, jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002<sup>264</sup>. Celui-ci consacre les objectifs poursuivis par la justice pénale des mineurs comme un PFRLR. Cette décision constitue aujourd'hui avec les dispositions textuelles de l'ordonnance, à la fois les bases et les garde-fous de la protection constitutionnelle du droit pénal des mineurs délinquants.

---

<sup>263</sup> Préambule de l'ordonnance du 02 février 1945

<sup>264</sup> Conseil constitutionnel, n° 2002-460 DC, 29 août 2002, décision relative à la *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* ; JO, 30 août 2002, p. 14411

Il semble cependant que le Conseil constitutionnel fasse une utilisation très limitée de ce PFRLR, ce qui oblige à se questionner sur l'émergence de celui-ci comme principe autonome (**chapitre 1**) face à l'apport protecteur du droit commun (**chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : L'émergence progressive du principe autonome de la justice pénale des mineurs**

Au sein de l'exposé des motifs de l'ordonnance du 02 février 1945, il est énoncé qu'« *il est peu de problèmes aussi graves que ceux qui concernent la protection de l'enfance, et parmi eux, ceux qui ont trait au sort de l'enfance traduite en justice* ». Voilà une chose qui n'a pas changé, le législateur semble toujours aussi préoccupé par ce problème, il a seulement changé sa manière de l'appréhender. L'adoption de lois sécuritaires se multiplie en effet, à partir du tournant qu'illustre la loi du 09 septembre 2002.

C'est peut-être pour cette raison que le besoin de protection des fondements de la justice pénale des mineurs s'est fait sentir. Pourtant, une telle protection ne va pas d'elle-même en la matière. En effet, comme le relève Jean-François DE MONTGOLFIER, les textes constitutionnels ne réservent absolument aucune place à l'enfant, à l'exception du Préambule de la Constitution de 1946 qui fonde un « *droit à la protection sociale de l'enfant et reconnaît son droit à l'éducation, à la formation professionnelle et la culture. On peut trouver dans le Préambule de 1946 un fondement constitutionnel de la protection de l'enfance en danger mais non pas de la législation propre à l'enfance délinquante* »<sup>265</sup>.

Cela n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de considérer dans sa décision du 29 août 2002 que « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de l'âge, comme la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées, trouvent notamment leur expression dans la loi du 12 avril 1906 sur la majorité pénale des mineurs, la loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante ; que toutefois, la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946 ne consacre pas de règles selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives ; qu'en particulier les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs et n'excluaient pas en cas de nécessité, que fussent prononcées à leur égard des mesures telles que le placement, la*

---

<sup>265</sup> J.-F. DE MONTGOLFIER, « Le conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2011, n° 33, pages 195 à 207



*surveillance, la retenue ou, pour les mineurs de plus de 13 ans, la détention ; que telle est la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs.* »<sup>266</sup>

Par ce PFRLR, le Conseil constitutionnel apporte une reconnaissance et une protection constitutionnelle spécifique au système mixte choisi par le droit français. Cette affirmation fonde également ce que la doctrine nomme « *l'autonomie du droit pénal des mineurs* »<sup>267</sup>. La question que pose alors le Professeur LAZERGES est « *le droit pénal des mineurs serait-il ainsi à l'abri de toute révolution ou même de profondes évolutions ?* »<sup>268</sup>.

Il est toujours très difficile de savoir quelle utilisation le Conseil constitutionnel fera d'un PFRLR, mais à tous le moins, l'autonomie du droit pénal des mineurs peut permettre de sécuriser la matière et de tenir un peu à l'écart le droit des majeurs (**section 1**). Toutefois, le rôle du Conseil constitutionnel, n'est pas de remettre en cause les choix du législateur, il rappelle simplement que la conciliation doit s'opérer entre plusieurs principes protégés constitutionnellement (**section 2**).

### **Section 1 : Le droit pénal des majeurs tenu en retrait**

Le Professeur Jean-François RENUCCI souligne dans un article paru en 2000 que « *le droit pénal des mineurs suscite actuellement un regain d'intérêt et n'est plus considéré comme un « droit mineur* » »<sup>269</sup>.

Ce n'est plus un droit mineur parce qu'il a connu un véritable essor aussi bien sur le plan textuel que sur le plan philosophique. Les considérations humanistes visant à créer une procédure orientée vers la resocialisation des mineurs délinquants ne se retrouvent pas dans la loi du 09 septembre 2002. Celle-ci illustre un véritable durcissement du droit, notamment à travers la création et la mise en œuvre de sanctions éducatives dès 10 ans. Ces deux philosophies s'affrontent afin de savoir quelle est la meilleure réponse à apporter à la délinquance des mineurs.

Il faut noter que pour promouvoir une règle au rang de principe ayant valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a mis en place des critères très stricts<sup>270</sup>. Dans le cas de l'autonomie du droit pénal des mineurs, les principes constamment réaffirmés sont « *l'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge* » et « *la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants* ».

---

<sup>266</sup> Considérant n° 26 de la décision précitée du Conseil constitutionnel, 29 août 2002

<sup>267</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1360 et 1361, p. 847

<sup>268</sup> C. LAZERGES, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, pages 5 à 23

<sup>269</sup> J.-F. RENUCCI, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79

<sup>270</sup> Conseil constitutionnel, n° 2002-460 DC, 29 août 2002 : Le principe doit être « fondamental », c'est-à-dire énoncer une règle suffisamment importante et intéresser des domaines essentiels pour la vie de la Nation, comme les libertés fondamentales, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics ; il faut, ensuite, que le principe trouve un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946 ; il faut, enfin, qu'il n'ait jamais été dérogé à ce principe par une loi républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946

Le principe d'atténuation de la responsabilité pénale des mineurs en fonction de leur âge permet ainsi d'encadrer la pénologie des mineurs (I), ce qui va de pair avec un contrôle de proportionnalité orienté vers la recherche du relèvement éducatif (II).

### **I. L'atténuation de la responsabilité pénale comme cadre de la pénologie des mineurs**

L'atténuation de la responsabilité pénale est le premier des éléments cité dans le considérant n° 26 reconnaissant l'existence de l'indépendance de la justice pénale des mineurs délinquants. Cela reflète la conception originelle du rédacteur du texte en 1945, qui revient à dire que les mineurs sont responsables pénalement de leurs actes, mais qu'ils ne pourront pas être condamnés aussi sévèrement que les majeurs. En d'autres termes, ce n'est pas tellement leur responsabilité qui est atténuée mais le quantum de la peine qui est réduit.

A cet égard, il faut remarquer que l'article 2 de l'ordonnance du 02 février 1945, ainsi que l'article 67 du code pénal, et l'article 341 du code d'instruction criminelle évoquent une « *excuse atténuante de minorité* ». C'est l'article 252 de la loi du 16 décembre 1992<sup>271</sup> qui viendra y substituer l'expression « *diminution légale de peine* »<sup>272</sup>.

Ces expressions sont très éclairantes sur la façon dont le législateur perçoit l'atténuation de responsabilité pénale des mineurs. Ainsi, en 1945, celle-ci est envisagée depuis le point de vue du délinquant, de sa qualité de mineur, alors que dans le nouveau code pénal entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994, cette atténuation est déterminée en fonction de ses conséquences, c'est-à-dire, concrètement une diminution de la peine encourue.

Le point d'équilibre se déplace progressivement, mais le principe d'atténuation demeure car il joue le rôle de limite pour le législateur (A), relativement à l'éternelle question du seuil de responsabilité (B).

#### **A) Une limite à la pénalisation pour le législateur**

Anne PONSEILLE affirme que le principe d'atténuation de responsabilité « *joue comme un modulateur de la peine d'enfermement pouvant être prononcée à l'encontre des mineurs ayant au moins treize ans* »<sup>273</sup>. Le législateur est donc obligé de respecter une ligne protectrice de diminution légale (1), ce qui a posé beaucoup de questions lors du débat relatif aux peines planchers (2).

---

<sup>271</sup> Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur ; JO n° 0298, 23 décembre 1992, p. 17568

<sup>272</sup> Article 252 - A l'avant-dernier alinéa de l'article 20 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 précitée, les mots : « de l'excuse atténuante de minorité » sont remplacés par les mots : « de la diminution de peine prévue à l'article 20-2 »

<sup>273</sup> A. PONSEILLE, « De l'évolution de l'atténuation légale de la peine applicable aux mineurs », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, p. 45 à 62

## 1- Diminution légale de peine

C'est l'article 20-2 de l'ordonnance qui prévoit que « *le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs ne peuvent prononcer à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue* ». Ce n'est que par exception que la juridiction peut décider de ne pas en faire application, mais dans ce cas, elle doit le faire par une motivation spéciale.

Le principe est donc très explicite, très clair, et présent depuis la rédaction de l'ordonnance. Pourtant, celui-ci passe mal parfois, car il peut être interprété comme une forme de complaisance accordée aux jeunes délinquants. C'est sans doute la raison pour laquelle la loi du 10 août 2007<sup>274</sup> opère un virage sécuritaire majeur. Celle-ci permet en effet d'écarter la diminution, en fonction d'une liste de critères dont certains ne font plus aucun cas d'un caractère exceptionnel, ni de la personnalité du mineur. Plus grave encore, le législateur a décidé d'inverser totalement le principe pour les mineurs de 16 à 18 ans, commettant des faits de violences « *une nouvelle fois en état de récidive légale* ». Ainsi, la diminution était écartée par principe, applicable par exception sur motivation de la juridiction<sup>275</sup>.

La doctrine a très vivement critiqué ces dispositions<sup>276</sup>. Anne PONSEILLE l'illustre d'une façon très intéressante en affirmant qu'« *auparavant, la motivation intervenait pour justifier une décision empreinte de sévérité ; elle devient nécessaire pour fonder une décision de clémence. Il s'agit là d'un bouleversement dans la manière de juger* »<sup>277</sup>. Cette critique était d'autant plus vive que le Conseil constitutionnel l'a validée dans sa décision du 09 août 2007<sup>278</sup>. Ce dernier relève que la diminution légale de peine pourra trouver à s'appliquer sur décision motivée de la juridiction, et d'autre part que le législateur n'a pas entendu priver les juridictions du bénéfice de prononcer des mesures éducatives ou des sanctions éducatives.

Puis, le temps a passé, un autre gouvernement a accédé au pouvoir et cette modification, pour ne pas dire altération, de l'ordonnance a été abrogée. Le droit positif est donc le principe de la diminution légale de peine, combiné à la possibilité de son exclusion par la juridiction. Sous couvert de prévention, cette même loi du 10 août 2007 a non seulement augmenté le plafond des peines pour les mineurs délinquants, comme cela vient d'être évoqué, mais elle a également voulu solidifier le plancher en instaurant les fameuses « *peines planchers* ».

---

<sup>274</sup> Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs

<sup>275</sup> Article 20-2, alinéa 4, dans sa rédaction issue de la loi du 10 août 2007 : « *L'atténuation de la peine prévue au premier alinéa ne s'applique pas aux mineurs de plus de seize ans lorsque les infractions mentionnées aux 2° et 3° ont été commises une nouvelle fois en état de récidive légale. Toutefois, la cour d'assises des mineurs peut en décider autrement, de même que le tribunal pour enfants qui statue par une décision spécialement motivée* »

<sup>276</sup> Voir C. LAZERGES, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Arch. pol. crim.*, 2008 ; A. PONSEILLE, « De l'évolution de l'atténuation légale de la peine applicable aux mineurs », *Arch. pol. crim.*, 2008 ; Ph. BONFILS, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance », *AJ Pénal*, 2007 ; L. LETURMY, « L'effritement des principes directeurs énoncés par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *Arch. pol. crim.*, 2008

<sup>277</sup> A. PONSEILLE, op. cit. n° 276

<sup>278</sup> Décision n° 2007-554 DC du 09 août 2007 relative à la loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; *JORF* n°185, 11 août 2007, p. 13478, texte n° 8

## 2- La rigidification du droit des mineurs du fait des peines planchers

Le mécanisme dit des « peines planchers » vient d'une idée assez simple qui consiste à dire qu'en cas de récidive légale, la peine prévue pour le délinquant ne pourra être inférieure à un certain seuil, ou comme le dit Jean PRADEL, « *il a reçu de la justice un avertissement solennel à ne plus commettre d'infractions sous peine d'une possible aggravation de peine* »<sup>279</sup>. Le Professeur PRADEL signe ici un article très fort, où il affirme que ce dispositif est une bonne chose, pour les mineurs comme pour les majeurs.

C'est la loi du 10 août 2007 qui introduit le dispositif dans le code pénal et l'ordonnance du 02 février 1945. La procédure législative est celle de l'urgence, les débats ont donc été menés promptement, en se basant toujours sur cette même idée que la récidive connaîtrait une explosion, particulièrement chez les mineurs, dont certains feraient « *de la délinquance un mode de vie* »<sup>280</sup>. Le Professeur Jacques-Henri ROBERT, lui aussi assez favorable au dispositif, indique par ailleurs à ce titre que la Commission de suivi de la délinquance créée par l'ancien Garde des Sceaux Pascal CLÉMENT, n'y est même pas associée.

Cette loi crée un système assez complexe, qui dépend du terme de la récidive (deuxième ou troisième), de la qualité de la personne poursuivie (majeure ou mineure), le tout encadré par une certaine liberté de la juridiction de prononcer une peine inférieure<sup>281</sup>. Pour les mineurs, le système est encore plus complexe, car afin de ne pas être trop sévère, le législateur affirme que des mesures éducatives ne constituent par le premier terme de la récidive. D'autre part, il faut distinguer entre les mineurs âgés de plus de 16 ans et ceux âgés de moins de 16 ans. En fonction de l'âge, la peine minimale est fonction de la diminution légale de peine et du terme de la récidive, pour les mineurs âgés de moins de 16 ans.

Le Professeur Laurence LETURMY affirme à cet égard que « *la rupture est évidente : à la priorité donnée aux mesures éducatives, quels que soient l'âge et la qualité - délinquant primaire, récidiviste ou multirécidiviste - du mineur, proclamée par l'article 2 de l'ordonnance, se substitue ici, sans autre alternative possible, la peine d'emprisonnement. Avec elle, les exigences liées à la motivation disparaissent en partie* »<sup>282</sup>.

Là encore, le Conseil constitutionnel valide ce dispositif pour les mineurs délinquants, dans sa décision du 09 août 2007 en soulignant le fait que les juridictions conservent le choix de prononcer une autre mesure lorsque le mineur « présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ». La tentative du législateur d'étendre le dispositif des peines planchers aux mineurs primo-délinquants ayant

---

<sup>279</sup> J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *Dalloz*, 2007, p. 2247

<sup>280</sup> J.-H. ROBERT, « Le plancher et le thérapeute. Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *Droit pénal*, Octobre 2007

<sup>281</sup> Op. cit. n° 276 pour le décryptage

<sup>282</sup> L. LETURMY, « L'effritement des principes directeurs énoncés par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *Archives de politique criminelle*, Editions A. Pédone, 2008, n° 30, p. 63 à 77

commis un délit de violences aggravées, est cependant stoppée net. Il faut souligner que la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 04 mars 2011<sup>283</sup> est la première qui sanctionne une disposition législative sur le fondement du PFRLR relatif à la justice des mineurs dégagé le 29 août 2002. Ainsi, il est possible de déduire des considérants n° 26 et n° 27, le fait que des peines automatiques sont en contradiction avec l'objectif de recherche du relèvement moral et éducatif des mineurs par des mesures appropriées. Le fait de leur imposer un seuil de responsabilité pénale trop strict n'est donc pas adapté aux mineurs délinquants.

Sur cet état du droit, la doctrine est extrêmement divisée, mais là encore, un nouveau gouvernement, et par l'effet de la loi du 15 août 2014, le dispositif est supprimé. L'atténuation de la responsabilité et la possibilité pour le juge d'adapter la mesure prononcée, sont redevenues les règles, et c'est heureux.

### **A) L'éternelle question du seuil de responsabilité pénale des mineurs délinquants**

Prévoir une peine est une chose, savoir à qui l'appliquer en est une autre. Pour cela, le législateur fixe des seuils, qui ont forcément une part d'arbitraire et un effet de seuil parfois brutal. Pour autant en droit pénal des mineurs délinquants, ces seuils sont fondamentaux puisqu'ils permettent de distinguer le régime de peine et la nature des mesures applicables. Dans un souci de sévérité, le législateur semble parfois être tenté de façon excessive pour modifier ces seuils (1), dont dépend l'aptitude à la sanction (2).

#### **1- Abaissement du seuil de responsabilité pénale**

La remarque de Reynald OTTENHOF, lors du colloque « Enfance et délinquance », en 1993 illustre très bien la problématique liée à la fixation du seuil d'âge de responsabilité pénale. Il affirme en effet que « *ce n'est pas en cassant le thermomètre qu'on fait baisser la fièvre* »<sup>284</sup>, autrement dit ce n'est pas en abaissant le seuil de la responsabilité pénale que l'on fera baisser la délinquance.

Pourtant, c'est le choix que fait le législateur du 09 septembre 2002. En effet, l'une des dispositions de ce texte est d'abaisser le seuil à partir duquel la juge peut prononcer des mesures judiciaires. Cela induit indéniablement une confusion entre enfant en danger et enfant délinquant. En effet, ces mesures éducatives prises par le juge sont définitivement tournées vers la rééducation et la resocialisation des mineurs, elles restent prescrites dans le cadre d'une procédure pénale, après la commission d'une infraction.

Comme pour compenser ce virage sécuritaire, le législateur s'inspire de l'arrêt Laboube (Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 1956) afin d'introduire dans le code pénal l'article 122-8 qui prévoit que « *les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables* ». Le législateur tente sans doute de fixer au juge et peut-être à lui-même un cap à ne pas dépasser. Cette notion de

---

<sup>283</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011 relative à la *loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure* ; JORF n°0062, 15 mars 2011, p. 4630, texte n° 3

<sup>284</sup> R. OTTENHOF, « La délinquance des mineurs, Aspects criminologiques », in, J.Y Chevallier (dir.) *Enfance et délinquance*, Economica, Paris, 1993, p. 113

discernement est extrêmement floue, mais elle symbolise la difficulté qu'éprouve le législateur à justifier ses choix en matière de seuil, car ceux-ci correspondent d'avantage à des choix idéologiques que scientifiques<sup>285</sup>.

Si le flou entretenu par le législateur est gênant, c'est aussi parce que le Conseil constitutionnel estime que le principe de responsabilité atténuée n'empêche pas de sanctionner tout de même les mineurs.

## 2- Aptitude à la sanction

Le Conseil constitutionnel affirme dans sa décision du 29 août 2002 que « *la législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 ne consacre pas de règle selon laquelle les mesures contraignantes ou les sanctions devraient toujours être évitées au profit de mesures purement éducatives* ».

Ce principe d'aptitude à la sanction est le pendant de la responsabilité atténuée. C'est ainsi en fonction de ces deux éléments que le législateur peut prévoir des sanctions mais des sanctions adaptées.

La question de savoir si quelqu'un est apte à recevoir une sanction est tout de même très significative en elle-même. En effet, si une telle question se pose, c'est que le principe d'une différenciation a été affirmé. C'est parce que les mineurs sont différents, qu'ils ne peuvent subir les mêmes peines que les adultes. Valentine BÜCK affirme ainsi que « *seule leur aptitude à la sanction les [différencie] des majeurs* »<sup>286</sup>.

Cette aptitude différencie également les mineurs entre eux. Là, encore, l'aptitude se retrouve comme le pendant de la responsabilité atténuée, puisque le législateur considère que l'aptitude à recevoir une sanction n'est pas la même selon l'âge du délinquant.

Cette conception de la responsabilité pénale est plutôt « *d'inspiration classique* »<sup>287</sup>, puisqu'elle « *fonde la responsabilité pénale du mineur sur le modèle de la responsabilité pénale des majeurs* »<sup>288</sup>. Le Professeur Reynold OTTENHOF parle ici de « *dosimétrie* » des peines applicables reposant sur une « *fiction* » selon laquelle, le mineur serait « *plus ou moins responsable selon son âge, et par conséquent, plus ou moins punissable* ».

En matière de dosage de la peine, le principe d'atténuation de la responsabilité joue donc un rôle de balance entre d'éventuelles aspirations sécuritaires, et le principe constitutionnel relatif à la justice des mineurs. Le principe fixe l'objet du débat, c'est-à-dire, le principe de responsabilité des mineurs, mais également le cadre, c'est-à-dire une atténuation de celle-ci en fonction de l'âge du délinquant.

---

<sup>285</sup> R. OTTENHOF, « Aspects actuels de la minorité pénale », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, p. 37 à 44

<sup>286</sup> V. BÜCK, « Justice des mineurs. Décision du conseil constitutionnel », *RSC*, 2003, p. 606

<sup>287</sup> R. OTTENHOF, « Aspects actuels de la minorité pénale », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, p. 37 à 44

<sup>288</sup> *Idem*

Cependant, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, s'il est important de contrôler le mécanisme de mise en œuvre de la peine grâce au principe d'atténuation de la responsabilité des mineurs, il apparaît également comme fondamental de vérifier la nature de cette peine. Celle-ci doit en effet, tendre vers un objectif de redressement éducatif et moral du mineur.

## **II. Le contrôle de proportionnalité orienté vers la recherche du relèvement éducatif du mineur**

Comme le relèvent Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE dans leur manuel<sup>289</sup>, en matière de justice pénale des mineurs, il existe plusieurs modèles de traitement de la délinquance. Le premier est le traitement pénal, fondé sur l'idée d'une responsabilité pénale des mineurs presque identique à celle des majeurs. C'est le système adopté notamment par certains états américains. L'autre modèle est le modèle non-pénal ou tutélaire, qui opte pour une vision plus « paternaliste » et protectrice du mineur, globalement déjudiciarisée, comme c'est le cas au Canada.

En France, il s'agit d'un modèle mixte, car basé sur l'idée d'une responsabilité pénale des mineurs. Malgré cela, la priorité reste que les mesures prises à l'encontre des mineurs délinquants doivent d'abord être éducative avant d'être répressives.

Avant la décision du 29 août 2002, certains auteurs avaient évoqué un certain déclin de l'esprit protecteur de l'ordonnance du 02 février 1945. La reconnaissance du PFRLR de l'indépendance de la justice des mineurs a permis de croire à un certain renouveau<sup>290</sup>, qui s'avèrera cependant timide. Il n'est plus nécessaire de préciser que les mineurs peuvent être soumis à des mesures de contraintes, ou à des mesures contraignantes. Ce qu'il faut préciser, c'est que le Conseil constitutionnel veille à ce que ces mesures demeurent proportionnées à l'objectif de relèvement moral et éducatif, ce que permet de garantir l'examen de la personnalité du mineur (A) et le contrôle renforcé sur certaines dispositions sévères (B).

### **A) La connaissance de la personnalité et de l'environnement du mineur comme garantie apportée**

L'exigence de connaissance de la personnalité du mineur est la première étape dans la procédure qui permette de s'intéresser au mineur en tant que personne. Pour cette raison, il est possible de dire qu'il s'agit de la concrétisation de l'esprit de l'ordonnance, car cela permet d'envisager la mesure la plus adaptée possible au mineur, afin de participer à son relèvement moral et éducatif. Dans la jurisprudence

---

<sup>289</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1356 à 1361, p. 843 à 849

<sup>290</sup> L. DOMINGO et S. NICOT, « Loi d'orientation et de programmation pour la justice », *Dalloz*, 2003, p. 1127, à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002 : « depuis de nombreuses années il était question du déclin de cette catégorie de normes de référence. Au regard de cette décision faut-il voir un renouveau des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? »

du Conseil constitutionnel, la connaissance est un élément essentiel (1), ce qui pose question en l'absence d'instruction (2).

### 1- Le caractère essentiel de la connaissance du mineur délinquant

Philippe BONFILS présente l'exigence de connaissance du mineur délinquant comme « *une des composantes procédurales* »<sup>291</sup> du principe de primauté de l'éducation sur la répression. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur l'a prévu de façon quasiment systématique au titre de l'article 8 de l'ordonnance du 02 février 1945. L'alinéa 5 de cet article impose en effet spécifiquement à cet égard que « *le juge des enfants ordonnera un examen médical et, s'il y a lieu un examen médico-psychologique* ». Il ne perd pas complètement sa liberté, puisque si l'intérêt du mineur le suggère, le juge des enfants pourra par une ordonnance motivée, prescrite à peine de nullité<sup>292</sup>, n'ordonner qu'une seule ou aucune de ces mesures. La loi du 10 août 2011 est venue apporter cette exigence de connaissance préalable du mineur, pour les autres juridictions, au premier plan desquelles, le juge d'instruction.

Là encore, la position du Conseil constitutionnel apparaît comme paradoxale, puisque d'un côté, il élève la notion de connaissance au rang de norme constitutionnelle, mais d'un autre côté, il en fait une application très molle. Il a considéré à cet égard à trois reprises que les procédures créées par le législateur sont valides même si l'enquête a eu lieu plus d'un an auparavant<sup>293</sup>.

Le véritable apport de ces enquêtes tient au fait que le juge des enfants peut procéder par la voie officieuse, le dispensant ainsi de respecter les formalités du Code de procédure pénale. Enfin, et comme le relève le Professeur Jean-François RENUCCI, le juge des enfants peut se servir des mesures prononcées, telle que la liberté surveillée afin de cerner la personnalité du mis en cause<sup>294</sup>. Dans son ouvrage le Professeur met en avant son idée selon laquelle, il serait bon que ces mesures d'investigations puissent ne pas être systématiques, car leur automaticité ne serait « *pas toujours adapté aux caractéristiques de la délinquance juvénile* ». Il est alors possible d'objecter à cette remarque une observation qui tient de l'évidence, en ce que les mineurs évoluent vite, de telle sorte que leur situation doit absolument être réévaluée périodiquement, afin de prescrire des mesures véritablement adaptées.

Il faut enfin signaler l'autre apport en la matière de la loi du 10 août 2011, à l'article 5-2 de l'ordonnance, qui crée le dossier unique de personnalité (DUP). Il s'agit d'un outil informatique inspiré des préconisations de la commission Varinard et « *ayant vocation à recueillir l'ensemble des éléments relatifs à la personnalité d'un mineur au cours des différentes enquêtes dont il peut faire l'objet, aussi*

---

<sup>291</sup> P. BONFILS, « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *Dalloz*, 2011, p. 2286

<sup>292</sup> Cour d'appel de Paris, 30 octobre 1975

<sup>293</sup> Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, considérant n°47, précité ; décision n° 2007-553 DC du 03 mars 2007, considérant n°15 ; décision n° 2011-635 DC du 10 mars 2011, considérant n°41, précité

<sup>294</sup> J.-F. RENUCCI, op. cit. n°58, p. 88



*bien dans le cadre pénal que civil (assistance éducative) »<sup>295</sup>. Cela permet de visualiser rapidement la situation d'un mineur.*

Il faut cependant noter que cette phase d'enquête sur le mineur recèle une certaine lourdeur, raison pour laquelle le législateur met en place des procédures accélérées. Celles-ci sont plus rapides car elles contournent cette étape d'enquête sur le mineur, ce qui n'est pas sans poser de question, au regard de l'importance que revêt la connaissance du mineur.

## **2- La question de la connaissance du mineur en l'absence d'instruction**

S'agissant des délinquants majeurs, le procureur dispose d'une assez grande latitude, en matière d'orientation des poursuites. L'article 5 de l'ordonnance du 02 février 1945 et l'article 495-16 du code de procédure pénale réduisent cet éventail de possibilités, en interdisant pour le premier les poursuites sous forme de comparution immédiate, convocation par procès-verbal, ou par voie de citation directe, et pour le deuxième, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Néanmoins, dans un souci semble-t-il « *légitime* »<sup>296</sup> de ne pas faire de l'instruction une étape qui ralentirait de façon excessive le processus judiciaire, le législateur a depuis quelques années multiplié des modes de saisine des juridictions afin de le rendre plus rapide.

Il en est ainsi de la convocation par officier de police judiciaire qui permet au procureur, pour des faits infractionnels peu graves et ne nécessitant pas d'investigations supplémentaires, d'ordonner à un officier de police judiciaire de remettre au mineur une convocation à comparaître devant le juge des enfants dans un délai de dix jours. Il apparaît cependant que cette procédure demeure peu utilisée du fait de sa lourdeur ou peut-être de la réticence des juges des enfants à juger si promptement<sup>297</sup>.

Dans ce domaine, il faut remarquer la censure d'un dispositif de la loi dite LOPPSI II, dans la décision du Conseil constitutionnel rendue le 10 mars 2011. Celui-ci visait à introduire en droit pénal des mineurs une procédure semblable à celle de la citation directe. Cela aurait pu permettre au procureur estimant que des investigations supplémentaires n'étaient pas nécessaires, de convoquer le mineur délinquant devant le tribunal pour enfant afin d'y être jugé. Dans le considérant n° 34, le Conseil constitutionnel reproche au législateur de créer une procédure applicable à tous les mineurs sans distinction de leur passé judiciaire, de leur âge ou de la gravité de l'infraction poursuivie, le tout sans garantie que le tribunal disposera d'informations suffisantes relatives à la personnalité du mineur. Le législateur du 10 août 2011 a tenu compte de ces remarques même si cela fait encore reculer l'instruction dans les procédures relatives aux mineurs délinquants<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> L. DOMINGO et S. NICOT, op. cit. n° 290

<sup>296</sup> P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, op. cit. n°64, n° 1514, p. 993

<sup>297</sup> 1,16% des mineurs ont été convoqués par un officier de police judiciaire soit 744 mineurs sur les 63 773 mineurs poursuivis en 2016 ; Annuaire statistique de la justice, 2016, chapitre 10, p. 87

<sup>298</sup> L. DOMINGO et S. NICOT, op. cit. n° 290

La procédure de comparution à délai rapproché (article 8-2 de l'ordonnance du 02 février 1945), dispositif assez critiqué en doctrine<sup>299</sup>, a également fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Celle-ci a cependant été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 21 septembre 2012<sup>300</sup>. Cela tient notamment au fait que malgré la demande du procureur de renvoyer le mineur délinquant devant une juridiction de jugement, le juge des enfants conserve la possibilité de poursuivre son instruction afin d'affiner la connaissance du mineur avant le jugement.

La connaissance de la personnalité du mineur est une véritable exigence en droit pénal des mineurs. Il s'agit d'un instrument dont le Conseil constitutionnel se sert réellement pour contrôler la constitutionnalité des procédures, particulièrement celles qui visent à aller très rapidement au jugement. Certains trouvent ce contrôle insuffisant, mais étant donné, que la mode est à la performance de la procédure, il est rassurant de voir que le Conseil des Sages s'est réellement saisi de ce critère. Le contrôle constitutionnel tend de cette manière à s'affiner particulièrement en matière de contrôle des dispositions plus sévères.

## **B) Les dispositions sévères mieux contrôlées par le Conseil constitutionnel**

La nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants permet également de façon certaine d'opérer un meilleur contrôle sur des mesures assez coercitives. Il s'agit là de façon évidente, d'opérer un équilibre entre répression et protection des mineurs délinquants. Il est cependant difficile de prétendre déceler même des grandes lignes dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui se montre tour à tour extrêmement bienveillant avec des mesures très coercitives (1) puis très pointilleux sur l'exécution provisoire des peines fermes (2).

### **1- Des mesures coercitives bénéficiant d'une bienveillance certaine**

De toutes les dispositions qui alarment en droit pénal des mineurs, ce sont celles qui touchent à l'enfermement ou au contrôle des déplacements d'un mineur. Cela conduit nécessairement à prévoir des conditions très restrictives en matière de placement en détention provisoire. En revanche, l'équilibre relatif à une mesure intermédiaire tel que le contrôle judiciaire apparaît moins nettement.

Il faut noter qu'« *initialement, l'ordonnance de 1945 ne contenait pas de dispositions spécifiques sur le contrôle judiciaire, et son application se faisait donc par référence au droit commun* »<sup>301</sup>. C'est la loi dite Perben I du 09 septembre 2002 qui remédie à cette situation, en créant l'article 10-2<sup>302</sup>. Les

---

<sup>299</sup> E. GALLARDO, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC*, 2017, p. 713

<sup>300</sup> Conseil constitutionnel, n° 2012-272 QPC, 21 septembre 2012 ; obs. P. BONFILS, *Droit de la famille*, 2013, commentaire n°21

<sup>301</sup> C. SULTAN, « La réforme de l'ordonnance de 1945 a-t-elle eu lieu ? », *AJ pénal*, 2007, p. 215

<sup>302</sup> Article 10-2-I de l'ordonnance du 02 février 1945 : « I. -Les mineurs âgés de treize à dix-huit ans peuvent être placés sous contrôle judiciaire dans les conditions prévues par le code de procédure pénale, sous réserve des dispositions du présent article »

conditions de placement sous contrôle judiciaire n'appellent pas alors de commentaire particulier, sauf à dire qu'en matière correctionnelle les mineurs de 13 à 16 ans ne pouvaient être placés sous contrôle judiciaire que si la peine pour laquelle ils étaient poursuivis était punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement, et qu'une mesure éducative, une sanction éducative ou une peine avait déjà été prononcée à leur encontre. Le législateur a estimé que ces conditions étaient trop strictes, il les a donc élargies par deux lois successives, la loi du 05 mars 2007 et la loi du 10 août 2011.

Le Conseil constitutionnel valide cette réforme en affirmant que « *eu égard à la gravité des infractions en cause et au rôle que le contrôle judiciaire, tel qu'il est prévu en l'espèce, peut jouer dans le relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants* »<sup>303</sup>.

Il faut cependant remarquer que les auteurs ne sont pas d'accord sur les conséquences de cette décision. Toujours est-il que le Conseil constitutionnel a confronté cette mesure à l'objectif de relèvement éducatif et moral des mineurs, qu'il a trouvé proportionné entre la gravité de l'atteinte à la liberté du mineur, et les conditions prévues par le texte (articles 10-2-II de l'ordonnance du 02 février 1945).

Ce qui ressort tient au fait que le Conseil constitutionnel ne vient pas tant se poser en défenseur absolu des principes qui découlent du PFRLR relatif à la justice des mineurs, dont l'objectif de relèvement éducatif et moral est un pendant. A chaque examen de texte, il opère un contrôle de proportionnalité entre la volonté du législateur et les principes constitutionnellement protégés. D'aucuns critiqueront cette position bienveillante, mais en réalité cela n'empêche pas au Conseil constitutionnel de faire preuve d'une particulière exigence s'agissant de la détention des mineurs.

## **2- Exigence de souplesse en matière d'exécution provisoire des peines fermes**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 22 septembre 2016 d'une QPC qui portait sur la question de savoir si l'exécution provisoire d'une peine d'emprisonnement sans sursis prononcée à l'encontre d'un mineur était conforme aux normes constitutionnelles. Il rend sa décision le 09 décembre 2016<sup>304</sup>, où il affirme que l'article 22 de l'ordonnance du 02 février 1945 est contraire au PFRLR relatif à la justice des mineurs, dans son aspect d'objectif de relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants.

Il relève en effet que la rédaction de l'article qui date de l'ordonnance du 24 décembre 1958 permet au juge des enfants et au tribunal pour enfant d'« *ordonner l'exécution provisoire de leur décision, nonobstant opposition ou appel* »<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> Considérant n° 22 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2007-553 DC du 03 mars 2007

<sup>304</sup> Conseil constitutionnel, n° 2016-601-QPC, 09 décembre 2016 ; obs. E. GALLARDO, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC*, 2017, p. 713

<sup>305</sup> Article 22, alinéa 1 de l'ordonnance du 02 février 1945 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 décembre 1958 : « *Le juge des enfants et le tribunal pour enfants pourront, dans tous les cas, ordonner l'exécution provisoire de leur décision, nonobstant opposition ou appel* ».

Le Conseil constitutionnel souligne également que cette disposition s'applique à toutes les mesures possibles sans distinction. Cette observation n'est cependant pas la source de l'inconstitutionnalité.

Pour mieux comprendre, le Conseil des Sages procède à une distinction entre les mesures et les sanctions éducatives d'un côté, et les peines de l'autre. S'agissant des mesures et des sanctions éducatives, le Conseil constitutionnel affirme que leur exécution provisoire malgré l'appel ou l'opposition formée par l'une des parties est une bonne chose, car cela « *contribue à l'objectif de leur relèvement éducatif et moral* » (considérant n° 7).

En revanche, il affirme que l'exécution provisoire des peines d'emprisonnement ferme, malgré le quantum de la peine et malgré l'appel ou l'opposition, prive le mineur de la possibilité de bénéficier d'aménagement de peine, et contrevient de ce simple fait aux exigences constitutionnelles en matière de justice des mineurs (considérant n° 8 et n° 9).

Le Conseil constitutionnel opère donc une balance entre des dispositions ayant valeur constitutionnelle et des dispositions voulues par le législateur. Il faut rappeler que le Conseil constitutionnel n'a aucune légitimité démocratique, et que théoriquement, ce que veut le Parlement, c'est la volonté du peuple français. Face à un très fort sentiment d'insécurité, le législateur tend donc à vouloir sans cesse alourdir le dispositif répressif, ce qui n'épargne pas les mineurs délinquants.

Le Conseil constitutionnel en tant que gardien de la Constitution du 04 octobre 1958 cherche alors à opérer un équilibre entre deux intérêts qui peuvent apparaître parfois comme très antagonistes. S'il est vrai que les objectifs du droit pénal et ceux du droit pénal des mineurs tels que prévus par l'ordonnance du 02 février 1945 sont presque irréconciliables. La nécessité de préserver la spécificité du droit pénal des mineurs est cependant fondamentale, car elle permet de garder certains principes de droit pénal à distance, dans le but de protéger les mineurs même s'ils sont délinquants. En effet, ceux-ci demeurent des êtres en construction, qui n'ont pas toujours conscience de la gravité des faits, ou plus souvent des conséquences de leurs actes. Il n'est cependant pas impossible de trouver un équilibre entre répression et protection grâce en réalité à une bonne articulation des différentes exigences constitutionnelles.

## **Section 2 : Une articulation nécessaire avec les autres exigences de valeur constitutionnelle**

« *Considérant, enfin, que, lorsqu'il fixe les règles relatives au droit pénal des mineurs, le législateur doit veiller à concilier les exigences constitutionnelles énoncées ci-dessus avec la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions et de prévenir les atteintes à l'ordre public, et notamment à la sécurité des personnes et des biens, qui sont nécessaires à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* ». Il s'agit du considérant n° 28 qui suit immédiatement le considérant énonçant le PFRLR relatif à la justice des mineurs<sup>306</sup>.

Le principe d'autonomie du droit pénal des mineurs n'est pas une protection hermétique de la procédure pénale applicable spécifiquement aux mineurs délinquants. Le Conseil constitutionnel est conscient qu'en droit pénal aucun intérêt ne peut primer un autre.

Ainsi, le PFRLR dégagé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel entre parfois en concurrence avec d'autres principes, ce qui nécessite une conciliation avec les autres principes de même valeur. De nombreux auteurs, spécialistes du droit pénal des mineurs ont souligné une certaine « bienveillance » dont ferait preuve le Conseil constitutionnel. IL en est ainsi de l'allongement possible de la garde à vue de certains mineurs dans le cadre d'une procédure ouverture pour une infraction liée à la criminalité organisée<sup>307</sup>, qui été déclaré conforme à la Constitution.

Lorsqu'un texte est déféré devant lui, le Conseil constitutionnel va donc s'appliquer en réalité, à opérer une conciliation entre les principes supérieurs qui gouvernent la justice des mineurs et l'ordre public (I), ce qui est nécessaire, même si cela conduit à une conciliation paradoxale avec la recherche des auteurs d'infractions (II).

### **I. Une conciliation avec les exigences protection de l'ordre public**

Il est possible de considérer que la protection des principes spécifiques relatifs à la justice pénale des mineurs est une composante de l'ordre public, car une bonne administration de la justice des mineurs permet d'accompagner les délinquants sur le chemin du redressement éducatif. En réalité, en France, dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle, la relation entre ordre public et libertés « *implique que l'ordre public restreigne les libertés seulement lorsque leur protection l'exige* »<sup>308</sup>. Ce processus de limitation est défini par Pauline GERVIER dans sa thèse comme « *l'opération qui consiste à restreindre, par une règle de droit, la portée ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis, dans un but prévu par le Constituant* ».

---

<sup>306</sup> Décision du 29 août 2002

<sup>307</sup> C. LAZERGES, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC*, 2011, p. 728

<sup>308</sup> P. GERVIER, Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2014, « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, octobre 2014

C'est précisément ce qu'il est possible d'observer dans les décisions relatives à des textes modifiant l'ordonnance de 1945. Le PFRLR y est toujours invoqué par les requérants, mais le Conseil constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité, ce qui traduit la manière dont celui-ci prend en compte l'ordre public (A), ou par la mise à l'écart de l'ordre public en matière de criminalité organisée (B).

### **A) La prise en compte de la nécessité de préserver l'ordre public face aux principes protecteurs du droit des mineurs**

L'ordre public est l'ensemble des « *normes impératives dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (article 6 du code civil)* »<sup>309</sup>. De façon plus générale, il s'agit de l'ensemble des normes correspondantes à l'ensemble des exigences fondamentales dans une société.

En réalité, le Conseil constitutionnel affirme seulement qu'il s'agit d'un objectif de valeur constitutionnelle<sup>310</sup>, ce qui lui permet d'opérer des censures, néanmoins il ne définit pas la notion. C'est pour cette raison que l'on y rattache traditionnellement les composantes de l'ordre public dégagées par le droit administratif (bonne ordre, sûreté et salubrité publique)<sup>311</sup>.

Le Conseil constitutionnel affirme que le législateur doit opérer une conciliation entre les exigences constitutionnelles et la prévention des atteintes à l'ordre public. Il opère donc une conciliation nécessaire mais modérée avec le principe de de l'ordre public (1), alors même certains requérants l'invitent à adopter une position plus volontariste visant la satisfaction de l'ordre public (2).

#### **1- Une conciliation nécessaire mais modérée**

Comme le relève Pauline GERVIER dans sa thèse, « *l'histoire constitutionnelle atteste une faible consécration de la notion d'ordre public. De même, sa fonction de limitation des droits et libertés, en vue d'en protéger l'exercice en société, ressort peu des textes* »<sup>312</sup>.

L'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel confirme cette vision des choses. En effet, à travers les décisions récentes rendues en matière de justice pénale des mineurs, la prévention des

---

<sup>309</sup> G. CORNU, op. cit. n° 38, « ordre public », p. 714

<sup>310</sup> Conseil constitutionnel, n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, paragraphe n° 8 : « *Toutefois, en ne soumettant le recours aux perquisitions à aucune condition et en n'encadrant leur mise en œuvre d'aucune garantie, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* »

<sup>311</sup> Arrêt Labonne rendu par le Conseil d'Etat le 08 août 1919, devenu pour les maires, l'article L.2212-2 du Code général des collectivités territoriales et pour les préfets, l'article L.2215-1 du même code

<sup>312</sup> P. GERVIER, op. cit. n° 308

atteintes à l'ordre public, n'est évoquée que comme un élément des normes de contrôle du juge constitutionnel<sup>313</sup>.

Il est également important de noter la place qu'occupe cet objectif à valeur constitutionnelle dans la liste, c'est-à-dire en dernier, sous forme d'un « considérant, enfin, que ». Cette formule permet au Conseil constitutionnel d'introduire la notion de « conciliation » entre ces principes constitutionnellement garantis.

Il est toujours plus difficile d'exposer une notion dans une décision de validation, mais il est possible de supposer que par-là même, le Conseil constitutionnel tempore cet élément pour n'en faire que l'utilisation si une disproportion apparaissait frontalement entre les exigences de préservation de l'ordre public et les principes de la justice pénale des mineurs. Il s'agirait peut-être d'un législateur pris d'un formidable élément de bienveillance, qui interdirait formellement de mettre en œuvre des sanctions pénales à l'encontre de mineurs délinquants.

Ces observations sont confirmées notamment dans le rapport rendu à la Ministre de la Justice par la Commission VARINARD, le 03 décembre 2008<sup>314</sup> mais également parce que le législateur semble avoir fait sien cette interprétation<sup>315</sup>. A l'appui des recours, les arguments pour une conception différente de l'ordre public sont fréquents, même si tendre vers une telle prise en compte n'est pas nécessairement souhaitable.

## **2- Le recours ignoré à l'ordre public**

Le Conseil constitutionnel fait donc une application très mesurée du principe de préservation de l'ordre public. Il existe pourtant des arguments qui permettraient de fonder une évolution de ce contrôle de proportionnalité entre les principes relatifs à la justice des mineurs et la nécessité de préserver l'ordre public. A ce titre, l'observation des éléments avancés par les requérants est riche d'informations.

Il est possible d'observer en effet que, les requérants dans la saisine à priori du Conseil constitutionnel, ont évoqué plusieurs fois l'ordre public dans une optique plus protectrice du PFRLR relatif à la justice pénale des mineurs délinquants.

---

<sup>313</sup> Voir Conseil constitutionnel, n° 2007-553 DC, 03 Mars 2007, considérant n° 11 ; voir également Conseil constitutionnel, n° 2011-635 DC, 04 Août 2011, considérant n° 35 ; voir également Conseil constitutionnel, n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, considérant n°8, sur une disposition relative à la liberté de communication

<sup>314</sup> Commission de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants, 03 décembre 2008 : « *Ce que le Conseil constitutionnel semble clairement signifier c'est que, alors qu'une loi concernant les mineurs lui est soumise, il procédera à un contrôle de proportionnalité pour la prise en compte des exigences contradictoires que sont les principes relatifs au droit pénal des mineurs et d'autres exigences comme la prévention des atteintes à l'ordre public [...]. Ce qui importe c'est donc la recherche d'un équilibre et une censure du Conseil impliquerait le sacrifice délibéré par le législateur de l'une des trois exigences relevées dans le principe directeur dégagé en 2002* ».

<sup>315</sup> Observation du gouvernement sur les recours dirigés contre la loi relative à la prévention de la délinquance : « *En fixant les règles critiquées relatives au droit pénal des mineurs, le législateur s'est ainsi borné à concilier les exigences constitutionnelles invoquées par les recours avec la nécessité de prévenir les atteintes à l'ordre public* ».

A la différence du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, l'ordre public n'est pas ici envisagé comme une limite mais comme un élément à satisfaire. C'est dans cette optique que les rédacteurs de la saisine critiquent l'élargissement des critères permettant de recourir à la procédure de comparution à délai rapproché dans la loi relative à la prévention de la délinquance. Selon ces parlementaires, le gouvernement ne justifie pas en quoi l'ancienne procédure n'aurait pas suffi à « *satisfaire la nécessaire préservation de l'ordre public* »<sup>316</sup>.

Il faut cependant relever que cette analyse ne prend pas en compte le fait que la nécessité de préserver l'ordre public n'est pas un objectif en lui-même, mais au contraire un moyen de limiter les libertés. Pour ainsi dire, l'ordre public, c'est la vie en société, et des limitations n'interviennent que pour empêcher que des troubles ne surviennent.

Il est pourtant possible, voir même souhaitable qu'un approfondissement du contrôle intervienne dans la jurisprudence du juge constitutionnel, mais si c'est le cas ce ne sera pas dans cette optique. C'est également Pauline GERVIER qui affirme que des changements sont possibles sous l'influence des juridictions européennes, mais que cela se produira certainement par la « *mobilisation de dispositions peu utilisées, telles que les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789, permettrait de renforcer l'effectivité des « limites aux limites » aux droits garantis* »<sup>317</sup>.

L'ordre public permet donc au Conseil constitutionnel d'opérer un contrôle modéré mais essentiel, car il vise à protéger l'essence même de ce qui fait notre société. S'il empêche ainsi le législateur de bafouer certains principes fondamentaux en droit pénal des mineurs, il ne doit pas évoluer vers une autonomie, qui n'aurait de toute façon pas de sens. Un approfondissement du contrôle témoignerait néanmoins de la volonté de Conseil constitutionnel de s'approprier de façon plus explicite la protection de certaines normes ayant valeur constitutionnelle tel que le PFRLR relatif à la justice pénale des mineurs. Cela poserait néanmoins la question de la légitimité du recours au pouvoir constituant dérivé et celle de l'évolution de la place de l'ordre public notamment en matière de criminalité organisée.

## **B) La mise à l'écart de l'ordre public en matière de criminalité organisée**

En matière de criminalité organisée, c'est la loi du 09 mars 2004 dite Perben II qui donne le ton. Si l'arsenal juridique s'est énormément développé en la matière depuis ces dernières années, cette loi est particulière en ce qu'elle marque une rupture en faveur d'une orientation purement répressive, à tel point que désormais les règles relatives à la garde à vue sont protectrices à elles seules (1) et qu'elles ne bénéficient que d'un fondement constitutionnel très vague malgré quelques garde-fous (2).

---

<sup>316</sup> Moyen développé au soutien de la saisine du Conseil constitutionnel par plus de soixante députés ou soixante sénateurs, 26 février 2007

<sup>317</sup> P. GERBIER, op. cit. n° 308



## 1- Une garde à vue protectrice à elle seule

Il est ici absolument indéniable que cette loi vise à privilégier les moyens coercitifs dans le cadre de la criminalité organisée. Pour s'en convaincre, si c'est encore nécessaire, il est assez éclairant de lire la rédaction de l'article 4 de l'ordonnance du 02 février 1945, avant la loi du 09 mars 2004, et après. On comprend alors aisément les critiques doctrinales qui annoncent parfois la fin de la spécificité du droit pénal des mineurs<sup>318</sup>.

Alors qu'auparavant, les dispositions allongeant la durée de la garde à vue n'étaient applicables que pour les enquêtes relatives à des trafics de stupéfiant<sup>319</sup>, la garde à vue prolongée dérogatoire est désormais applicable à certains mineurs pour les infractions prévues par l'article 706-76 du code de procédure pénale.

Dès lors, il est possible que des mineurs dans le cadre d'enquêtes relatives à des faits de criminalité organisée, soient placés sous le régime de la garde à vue jusqu'à quatre-vingt-seize heures, soit quatre jours.

Le Conseil constitutionnel ne trouve rien à redire à cette situation, allant même jusqu'à affirmer que les dispositions républicaines dont découle le PFRLR relatif à la justice des mineurs ne s'opposent pas à ce que des mesures coercitives soient prononcées. Cette affirmation est très classique, mais elle est le plus souvent soutenue par une référence à un autre principe, tel que l'ordre public qui viendrait donner un fondement constitutionnelle à la limitation d'aller et venir du mineur.

Le juge constitutionnel n'utilise pas cette possibilité ce qui laisse perplexe, car dès lors, il semble nécessaire de comprendre que c'est le régime de la garde à vue qui à lui seul serait protecteur<sup>320</sup>. Quand le Conseil constitutionnel lui-même en vient à affirmer que la mise en œuvre d'une garde à vue peut durer quatre jours afin de « *protéger les mineurs de tout risque de représailles susceptibles d'émaner des adultes impliqués* » (considérant n°38), la seule réaction possible est la déception. Ainsi, la garde à vue est conforme à la Constitution parce qu'il s'agit d'une garde à vue, ce qui illustre le manque total d'effort du juge constitutionnel, pour assoir sa réflexion sur un fondement solide, soutenu par des garde-fous pratiques.

## 2- Un fondement bien flou mais quelques garde-fous pratiques

Lorsqu'une décision revêt une importance procédurale si grande, on peut légitimement s'attendre à ce que l'instance qui la rend s'appuie sur un fondement très solide. D'une manière très lapidaire, le Conseil constitutionnel fait tour à tour référence à la portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République (considérant n° 37), aux nécessités de protéger le mineur contre ses coauteurs ou complices

---

<sup>318</sup> P. GERVIER, op. cit. n°308

<sup>319</sup> V. BÜCK, « Contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC*, 2005, p. 122

<sup>320</sup> Voir F. TOURET DE COUCY, n° 60, n° 134 et 135, p. 30 et V. BÜCK, n° 323

(considérant n°38) et « *aux exigences constitutionnelles propres à la justice des mineurs* » (considérant n°39).

Il ne s'agit pas de critiquer la force d'un PFRLR dans le contrôle opéré par le juge constitutionnel, mais de noter qu'un lien aurait pu, ici être fait avec la nécessité de préserver l'ordre public. En effet, cela aurait même été une situation typique d'application du principe dont la nature même est d'ordonner les normes à valeur constitutionnelles entre elles, en leur donnant des limites nécessaires à une bonne articulation des principes entre eux.

Il n'est pas possible de chercher du réconfort dans les références textuelles de la décision, mais on peut tout de même se rassurer en faisant le constat que le législateur n'a pas entendu priver les mineurs de toutes garanties. En effet, en matière de droit pénal des mineurs, la prolongation de la durée de la garde à vue est le seul aspect dérogatoire, pour le reste, c'est le droit commun qui s'applique. Au premier rang duquel, l'assistance obligatoire d'un avocat dès la première heure de garde à vue<sup>321</sup>, l'information des titulaires de l'autorité parentale, la consultation par un médecin et l'enregistrement audio-visuel des auditions.

La protection de l'ordre public est une norme à valeur constitutionnelle, ce qui est très intéressant du point de vue de la technique jurisprudentielle. On considère en effet que, l'ordre public sans être repris par les textes constitutionnels est tellement important qu'il doit permettre de servir de norme de contrôle. Le Conseil constitutionnel l'utilise ainsi afin d'apporter des limites à d'autres normes ayant également un rang constitutionnel. Ces limitations sont nécessaires et il est simplement possible de regretter que le juge constitutionnel ne s'engage pas plus, dans la voie de la protection de certains intérêts particuliers comme celui de la justice pénale des mineurs grâce à la notion d'ordre public. En revanche, on s'alarme lorsque le juge constitutionnel ne prend même pas la peine d'y faire référence alors que l'importance de la décision l'aurait mérité. Ceci étant, il est possible d'observer que la notion de préservation de l'ordre public a au moins l'avantage de la souplesse, permettant une conciliation avec le PFRLR relatif à la justice des mineurs, ce qui n'est pas nécessairement le cas avec la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions.

---

<sup>321</sup> Sauf droit commun du report de l'intervention de l'avocat (article 63-4-2, alinéa 4 du code de procédure pénale ; Y. MAYAUD, « Terrorisme – Poursuites et indemnisations », *Rép. droit pénal et procédure pénale*, janvier 2018, n° 285)

## **II. Une conciliation paradoxale avec la recherche des auteurs d'infractions**

La notion de recherche des auteurs d'infractions appelle peu de remarque sémantique. Son importance vient du fait que dans sa décision du 29 août 2002, le Conseil constitutionnel pose le principe selon lequel « *lorsqu'il fixe les règles relatives au droit pénal des mineurs, le législateur doit veiller à concilier les exigences constitutionnelles énoncées ci-dessus avec la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions* ».

Il faut donc en déduire que la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions est l'une des composantes de la notion d'ordre public. A ce titre, ce principe doit trouver à s'articuler notamment avec le PFRLR relatif à la justice pénale des mineurs délinquants. Pourtant, cet équilibre est plus difficile à trouver, spécialement à une époque où le législateur opte le plus souvent pour la répression.

Les exigences en matière de protection des mineurs délinquants empêchent ce dernier de finir d'aligner le régime applicable aux mineurs sur celui des majeurs. De ce mélange de contraintes, le législateur fait émerger des adaptations « spéciales jeunes » (A), favorisées par une certaine « *culture du fichage* »<sup>322</sup> (B).

### **A) Les adaptations « spéciales jeunes »**

L'étude de la procédure pénale applicable aux mineurs délinquants, fait ressortir tout aussi bien les adaptations issues de la procédure applicable aux majeurs, que des adaptations inhérentes à la jeunesse. Il en est ainsi des informations apportées aux représentants légaux, et au report de la transmission de l'information à cause des nécessités liées à la recherche des auteurs d'infractions (1), qui impacte également dans une autre mesure les contrôles d'identité (2).

#### **1- Le report de l'information des parents**

C'est l'article 4, II qui organise l'information donnée aux titulaires de l'autorité parentale dans le cas du placement en garde à vue d'un mineur. Ce texte pose le principe selon lequel « *lorsqu'un mineur est placé en garde à vue, l'officier de police judiciaire doit, dès que le procureur de la République ou le juge chargé de l'information a été avisé de cette mesure, en informer les parents, le tuteur, la personne ou le service auquel est confié le mineur* ». Le contenu de l'information est organisé par l'article D.15- 6- 1 du Code de procédure pénale<sup>323</sup>.

Le texte n'est pas équivoque, et impose aux OPJ d'avertir les représentants légaux de la mesure. Si le texte précise que cette information doit être préalable, il faut relever qu'en réalité, l'ordre importe peu dès lors que la transmission de l'information au parquet de la mise en œuvre, que la mesure est faite

---

<sup>322</sup> D. THOMAS-TAILLANDIER, « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », *AJ pénal*, 2015, p. 523

<sup>323</sup> Décret n° 2016-1455 du 28 octobre 2016 portant renforcement des garanties de la procédure pénale et relatif à l'application des peines en matière de terrorisme ; JORF n°0254, 30 octobre 2016, texte n° 11

sans délai. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ne souscrit pas à l'hypothèse selon laquelle l'information préalable des représentants légaux pourrait faire grief<sup>324</sup>.

L'ordonnance prévoit également que cette information délivrée aux représentants légaux peut être différée dans le temps « *pour permettre le recueil ou la conservation des preuves ou pour prévenir une atteinte grave à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne* »<sup>325</sup>. Cette précision a été apportée par la loi du 03 juin 2016<sup>326</sup>, dont l'objet essentiel est la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme. Bien que cette disposition ne constitue pas le cœur du texte, il est intéressant de remarquer que le législateur considère les représentants légaux comme des menaces dans la recherche des auteurs d'infractions.

Il est possible d'observer que dans ce cas, le Code de procédure pénale est tout de même organisé pour transmettre l'information, mais ce n'est pour autant pas le cas pour d'autres procédures telles que le contrôle d'identité.

## **2- Une information bien fragile en cas de contrôle d'identité d'un mineur**

En matière de contrôle d'identité, c'est la recherche des auteurs d'infractions qui prime réellement, ce qu'il est possible d'affirmer dans la mesure où c'est le Code de procédure pénale qui organise cette procédure, non pas l'ordonnance du 02 février 1945. En effet, les articles 78-1 et suivants du code de procédure pénale sont applicables aux mineurs<sup>327</sup>.

Ainsi, le contrôle d'identité s'adresse à tous, les mineurs y compris, tout comme la retenue de quatre heures (article 78-3, alinéa 1 et 3), lorsque l'intéressé ne peut ou ne veut justifier de son identité. Dans ce cas, le Code prévoit que le mineur doit être assisté de son représentant, « sauf impossibilité » (article 78-3, alinéa 2).

Dès lors, il est possible de constater l'abaissement des exigences du législateur, entraînant par la même un abaissement de la protection des mineurs. En effet, en matière de garde à vue « *l'officier de police judiciaire doit [...] en informer les parents* ». A contrario, en matière de contrôle d'identité, le texte évoque d'abord « l'impossibilité », avant de poser le principe de l'information des parents. De plus, le législateur n'exige pas des officiers de police judiciaire qu'ils justifient des motifs de cette impossibilité.

---

<sup>324</sup> Voir n° 101

<sup>325</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n° 61, n° 130, p. 85

<sup>326</sup> Loi n° 2016-731 du 03 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ; Dossier : « Le volet « procédure pénale » de la loi du 3 juin 2016 », *AJ pénal*, 2016, p. 457 ; obs. O. CAHN, « Réflexions désabusées sur le chapitre I du titre I de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *AJ pénal*, 2016, p. 408 ; M. HERZOG-EVANS, « Lois du 3 juin et du 21 juillet 2016 et exécution des peines : communication, (im)précisions, et répression », *AJ pénal*, 2016, p. 470 ; Myriam QUEMENER, « Les dispositions liées au numérique de la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 431 ; S. FUCINI, « Ce que prévoit la loi renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme », 14 juin 2016 ; J.-B. PERRIER, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *Dalloz*, 2016, p. 2134

<sup>327</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n° 61, n°122 et 123, p. 28

Ainsi, en matière de contrôle d'identité, il n'y a pas forcément d'information des parents, alors même que les textes posent le principe de l'assistance du mineur par son représentant légal. La pratique empêche tout simplement parfois le mineur d'accéder à ses droits en se fondant sur une très vague excuse d'impossibilité.

La nécessité de rechercher les auteurs d'infractions permet au législateur de développer les moyens d'enquête de façon générale. S'il ne fait pas de doute que l'efficacité des enquêtes judiciaires nécessite de pouvoir mettre en place des moyens coercitifs, cela ne signifie pas pour autant que ces procédures doivent se dérouler sans contrôle. Les contrôles d'identité, particulièrement ceux réalisés sur réquisition du procureur sont très décriés pour cette raison. Les nécessités pratiques ne sont pas une justification suffisante pour priver les individus de leurs droits les plus basics, parmi ceux desquels le contact avec sa famille. Si ces mesures de coercition sont faciles à observer, il en est d'autres qui sont plus insidieuses, mais néanmoins dévastatrices pour les individus, c'est la pratique du fichage.

### **B) Une certaine « culture du fichage »<sup>328</sup>**

La question du fichage, c'est-à-dire de l'enregistrement de données propres à chaque individu dans une base de données, est très ancienne. C'est Alphonse BERTILLON qui crée les fiches anthropométriques et le magistrat Arnould BONNEVILLE DE MARSANGY qui a l'idée de classer les fiches relatives aux délinquants par ordre alphabétique dans des meubles à casier. Il présente cette modalité comme une façon d'agir rapidement contre la délinquance car à chaque demande ou chaque nouvelle information reçue, il suffit de ressortir la fiche correspondante, et de la compléter ou d'en faire une copie pour la transmettre au service demandeur<sup>329</sup>.

Depuis, le casier judiciaire a beaucoup évolué, et s'est perfectionné notamment grâce à son informatisation. Par la suite, de nombreux autres types de fichiers se sont développés.

A cet égard, il faut préciser que les mineurs n'échappent pas à la mention dans le casier judiciaire ni dans d'autres fichiers, ce qui pose un problème pour la vie future et l'insertion sociale de ces futurs majeurs, aspirants à une vie active et familiale.

#### **1- La mise en place du casier des mineurs**

Le casier judiciaire peut se définir comme « un fichier judiciaire de condamnés »<sup>330</sup> (article 768 à 781 du code de procédure pénale). Maryvonne AUTESSERRE précise à cet égard dans son article que celui-ci permet d'établir « la biographie judiciaire d'un prévenu ou d'un accusé quand il comparaît devant les

---

<sup>328</sup> D. THOMAS-TAILLANDIER, « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », *AJ pénal*, 2015, p. 523

<sup>329</sup> A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De la Récidive, ou des Moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale, Tome premier*, Cotillon, 1844, p. 93 à 95

<sup>330</sup> M. AUTESSERRE, « A quoi sert le casier judiciaire des mineurs ? », *RSC*, 2003, p. 309 ; d'après C. ELEK, L. RIEUNAU, *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, mars 1997 ; refondu en 2003 par M. GIACOPELLI et M. AUTESSERRE

tribunaux. C'est donc un mécanisme accessoire des lois sur la récidive »<sup>331</sup>. Il a également un aspect civique puisqu'il permet « de constater la situation morale et judiciaire de chaque citoyen »<sup>332</sup>, particulièrement lors de l'exercice de certaines fonctions telles qu'assesseur, ou surtout avant d'entrer dans la fonction publique.

Ainsi, on peut dire que s'il y a bien une institution qui n'a pas été créée pour protéger les délinquants et qui cause beaucoup de torts aux mineurs, c'est bien le casier judiciaire. En effet, il est une cause extrajudiciaire inhérente au concept même de casier judiciaire, c'est le prolongement de la peine, que l'on peut presque assimiler à une peine supplémentaire.

Afin de lutter contre ce phénomène dont les conséquences sont particulièrement désastreuses pour les mineurs, la loi prévoit des hypothèses de suppression légale ou judiciaire. La loi du 17 juillet 1970<sup>333</sup>, ainsi que la loi du 16 décembre 1992<sup>334</sup> avaient développé plusieurs de ces hypothèses.

La loi du 09 mars 2004 est revenue sur cette logique d'automatisme. Désormais, pour qu'un mineur délinquant puisse demander à obtenir l'effacement de son casier judiciaire, il doit attendre trois ans sans aucune condamnation, composition pénale ou sanction éducative, avant de pouvoir s'adresser au tribunal pour enfant, celui-ci statuant en dernier ressort. Il faudra alors prouver que « la rééducation de ce mineur apparaît comme acquise » (article 770 du code de procédure pénale).

L'historien Jean-Jacques YVOREL affirme à cet égard que « ce principe d'un droit à l'oubli de ce qu'on a fait quand on était mineur qui était constitutif de cette singularité du droit des mineurs tend lui aussi à s'amoindrir »<sup>335</sup>. On peut dire que cette proposition est totalement vraie, car la condition posée par la loi Perben II qui est plus qu'une condition de non-récidive mais plutôt de non-réitération, est beaucoup trop large pour des mineurs. En effet, les infractions qu'ils commettent sont en grande majorité traitées par de la composition pénale. Cela induit que la moindre petite infraction, qui leur attire déjà la sévérité des magistrats, fait repartir le délai avant lequel ils pourront demander cet effacement.

Les mineurs ont cette particularité de ne pas se projeter dans l'avenir, mais de vivre toujours l'instant présent. Ils ne mesurent donc pas à quel point, ce qui s'apparente parfois à des erreurs de jeunesse, ou de mauvaises fréquentations, peut peser sur leur avenir professionnel. En la matière, il est possible de dire que le législateur ne leur est d'aucune aide, et leur offre même une double condamnation. Heureusement que l'époque où le casier judiciaire servait de référence avant un mariage est révolue<sup>336</sup>.

---

<sup>331</sup> M. AUTESSERRE, op. cit. n°330

<sup>332</sup> Idem

<sup>333</sup> Loi n°70-643 du 17 juillet 1970

<sup>334</sup> Voir n°271

<sup>335</sup> *Le casier judiciaire des mineurs, entretien avec Jean-Jacques Yvorel*, Science Po, Criminocorpus

<sup>336</sup> Selon Maryvonne AUTESSERRE, « au XIX<sup>ème</sup> siècle, il servait de référence avant la conclusion d'un mariage » ; op. cit. n°330

Il faut également remarquer que le casier judiciaire n'est pas le seul fichier, puisque désormais, il existe de nombreux autres fichiers spéciaux dont les conséquences sur la vie des mineurs peuvent s'avérer tout aussi dramatique.

## 2- Des mineurs dans les fichiers spéciaux

Selon Delphine THOMAS-TAILLANDIER, la culture de création de fichiers judiciaires est le fait de la naissance du casier judiciaire. En effet, comme cela a déjà été précisé, le casier judiciaire a été inventé en France à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle comme outil de lutte contre la délinquance. Il est cependant possible de remarquer que « *la tendance est à la multiplication des fichiers, ce qui en fait un sujet de réflexion actuel et pluridisciplinaire* »<sup>337</sup>.

Récemment, ont donc été créés le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)<sup>338</sup> en 1998 et le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJ AISV)<sup>339</sup> en 2004. Le dernier né est le fichier national des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT)<sup>340</sup>, mais il en existe encore de nombreux autres.

Il faut alors préciser que chacun de ces fichiers poursuit des objectifs propres au sein de la lutte contre la délinquance, à la différence que le FNAEG est une simple banque de données qui n'implique pas d'obligations. En revanche, pour ce qui est du FIJ AISV ou du FIJAIT, ce qui est véritablement intéressant tient dans l'observation des conséquences découlant des obligations que l'inscription dans ces fichiers fait peser sur les mineurs délinquants. A l'échelle d'un mineur, c'est considérable.

L'inscription au FIJ AIS fait suite à « *une décision, même non encore définitive, prononcée en application des articles 8, 15, 15-1, 16, 16 bis et 28 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante* »<sup>341</sup>.

Comme pour les autres délinquants, le mineur doit justifier annuellement de son adresse et signaler tout changement d'adresse, la seule différence étant que dans le cas d'un mineur, ce sont ses représentants légaux qui effectueront cette déclaration. La loi du 03 juin 2016 a cependant apporté un élément de faveur pour les mineurs délinquants, en diminuant le délai pendant lequel cette inscription fera effet. En effet désormais celui-ci est de dix ans pour les mineurs, à compter de la cessation des effets produits par la décision ayant entraîné leur inscription<sup>342</sup>, contre vingt auparavant.

---

<sup>337</sup> D. THOMAS-TAILLANDIER, op. cit. n° 328

<sup>338</sup> Code de procédure pénale, Articles 706-54 à 706-56-1-1, articles R.53-9 à R.53-21 et article A38 du même code

<sup>339</sup> Code de procédure pénale, Articles 706-53-1 à 706-53-12 et articles R.53-8-1 à R.53-8-39 du même code

<sup>340</sup> Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015, Articles 706-25-3 à 706-25-14 et articles R.50-30 à R.50-68 du code de procédure pénale

<sup>341</sup> Article 706-53-2, 2° du code de procédure pénale

<sup>342</sup> Circulaire relative à la mise en place du fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJ AIS), 1<sup>er</sup> juillet 2005, BOMJ n° 99

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la possibilité d'inscrire des mineurs dans ce fichier<sup>343</sup>. Il est probable que la validation sans condition opère alors de ce que l'article 706-53-2 précise en son dernier alinéa que les décisions prises à l'encontre de mineur, ne font pas l'objet d'une inscription systématique au fichier. Cette inscription doit résulter d'une décision express de la juridiction. Cela permet de concilier un peu les effets très graves pour les mineurs délinquants que suppose l'inscription au FIJAIS et les nécessités d'assurer la recherche des auteurs d'infractions.

Le PFRLR relatif à la justice des mineurs permet au Conseil constitutionnel de reconnaître les spécificités du droit pénal des mineurs délinquants mais également de donner une assise constitutionnelle à celui-là. Pourtant il ne fait pas une application démesurée de ce principe. Au contraire de ce à quoi on pourrait s'attendre, le Conseil des Sages ne fait pas pour autant primer d'autres principes ayant valeur constitutionnelle. Cela lui permet simplement de tracer de grandes lignes que le législateur ne peut pas outrepasser, telle que l'atténuation de responsabilité, le principe de primauté des mesures à caractère éducatif sur les mesures à caractère répressif. Il opère alors une balance avec les autres normes ayant valeur constitutionnelle, et notamment la préservation de l'ordre public et la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions.

La question est alors de savoir où placer ces grandes lignes. Un cadre trop étiqué, et le Conseil constitutionnel pourrait apparaître comme un « super-législateur ». Un cadre trop large, et celui-ci serait tenu comme ayant une faible volonté de protéger les principes inhérents à la justice pénale des mineurs. Le Conseil des Sages choisit une position en retrait, ce qui lui vaut d'être taxé de démolir la justice pénale des mineurs<sup>344</sup>.

A tous le moins cette politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en aura inspiré d'autres puisqu'en 2008, l'un des axes majeur de travail de la Commission Varinard a été la proposition d'un article préliminaire pour le futur code de la justice des mineurs, formulé de la façon suivante, « *afin de concilier l'intérêt du mineur avec les intérêts de la société et des victimes, la responsabilité pénale des mineurs capables de discernement est mise en œuvre conformément aux dispositions du présent code, dans le respect du principe d'atténuation de cette responsabilité en fonction de leur âge et en recherchant leur relèvement éducatif et moral par des sanctions éducatives ou des peines adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées et mise à exécution par des juridictions spécialisées ou selon des procédures appropriées* »<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> Conseil constitutionnel, 02 mars 2004, n° 2004-492 DC considérant n°92 à 95 ; obs. B. BOULOC, « Chronique législative : étude de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC*, 2005, p. 107

<sup>344</sup> C. LAZERGES, *op. cit.* n°307

<sup>345</sup> André VARINARD, « Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », Bibliothèque des rapports publics - La Documentation française, proposition n° 5



Dès la lecture de ce texte, il est cependant possible de remarquer une absence flagrante, celle du droit commun, notamment les principes fondamentaux du droit pénal qui servent au moins autant à la préservation des spécificités du droit pénal des mineurs.

## **Chapitre 2 : L'apporteur protecteur du droit commun**

Après, de longues années d'application du PFRLR relatif à la justice pénale des mineurs, il est facile d'oublier qu'il y a eu un « avant ». En effet, les principes qui protègent le droit pénal des mineurs ne sont pas apparus subitement en 2002. Avant, le Conseil constitutionnel avait déjà dû trouver des fondements constitutionnels lui permettant de contrôler la constitutionnalité des réformes touchant les règles procédurales spécifiques aux mineurs délinquants.

Pour cela, le juge constitutionnel a fait référence à des dispositions de droit pénal général. Jean-François de MONTGOLFIER relève ainsi que malgré l'absence de considération des textes constitutionnels pour les mineurs délinquants ceux-ci proposent des principes et des règles « *qui encadrent le droit pénal et la procédure pénale* »<sup>346</sup>. Les dispositions visées ici sont issues de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en son article 7 (légalité de la procédure et des poursuites), son article 8 (légalité et nécessité des délits et des peines, proportionnalité et individualisation des peines et non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère) et son l'article 9 (présomption d'innocence et principe de « *rigueur nécessaire* »)<sup>347</sup>. La jurisprudence du Conseil des Sages met également en avant l'article 66 de la Constitution, qui « *prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle* »<sup>348</sup>.

Même si la référence à ces principes s'est quelque peu effacée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière, elle n'en demeure pas moins intéressante. Dans les décisions des institutions juridictionnelles, il y a ce que l'on peut lire, mais ce que l'on ne lit pas, ou qu'on ne lit plus, peut s'avérer tout aussi instructif.

En effet, dans sa décision du 29 août 2002, le Conseil constitutionnel structure de façon très claire, en annonçant d'abord le PFRLR relatif à la justice pénale des mineurs. Puis il adjoint, par ailleurs, « *qu'il résulte des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 que doivent être respectés, à l'égard des mineurs comme des majeurs, le principe de la présomption d'innocence, celui de la nécessité et de la proportionnalité des peines et celui des droits de la défense ; que doit être respectée également la règle énoncée à l'article 66 de la Constitution, selon laquelle « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les*

---

<sup>346</sup> J.-F. DE MONTGOLFIER, op. cit. n° 265

<sup>347</sup> Idem

<sup>348</sup> Idem

*conditions prévues par la loi* » (considérant n°27). Enfin, le législateur doit veiller à concilier ses réformes avec les autres règles ayant rang constitutionnel, notamment l'ordre public.

De cette lecture, il est possible de déduire que ce qui fonde la protection des spécificités de la justice pénale des mineurs, ce sont également les principes généraux (**section 1**), même si ceux-ci s'avèrent intéressants mais insuffisants pour assurer efficacement la protection des mineurs, tout comme la notion de responsabilité pénale des mineurs (**section 2**).

### **Section 1 : Des principes généraux mais protecteurs**

Dans son article, Bertrand DE LAMY s'interroge sur le mode de constitutionnalisation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs. Ce questionnement vient notamment du rattachement opéré par le Conseil constitutionnel, du PFRLR aux principes fondamentaux issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Dès lors, « *l'autonomie, ainsi soulignée, du droit pénal des mineurs, n'est pas, par conséquent, une indépendance* »<sup>349</sup>.

Pourtant, il est possible de dire que ce qui compte n'est pas tellement de savoir si cette branche du droit est indépendante, ou pas. En effet, aussi indépendante ou plutôt autonome, soit-elle, il convient plutôt de se questionner sur le fait de savoir si des principes généraux peuvent s'avérer adaptés à la protection de principes spécifiques comme ceux que met en avant l'ordonnance du 02 février 1945. Il faut ici préciser qu'il semble que de façon générale, ce soit le terme « d'autonomie », qui soit préféré par les auteurs, comme Philippe BONFILS et Adeline GOUTTENOIRE dans leur manuel.

Il est en tout cas certain que ces principes généraux protecteurs issus de la Déclaration de 1789 opèrent une protection très concrète de la procédure pénale applicable aux mineurs délinquants (**I**), cependant, il semblerait que cette couverture comporte des trous, que le PFRLR est venu combler (**II**).

#### **I. Une protection procédurale très concrète**

Le Conseil constitutionnel a construit un système très complet de protection, car une seule disposition ne fonctionne pas de façon identique avec les réformes proposées par le législateur. Il a donc fallu affirmer des garanties fortes (**A**), en complément du rempart de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles (**B**).

##### **A) Des garanties fortes**

Ces principes forment des garanties fortes car leur rang constitutionnel permet au Conseil constitutionnel d'avoir un certain niveau d'exigence envers le législateur dans le domaine de la nécessité des procédures (**1**), tout autant que dans celui de l'individualisation des peines (**2**).

---

<sup>349</sup> B. DE LAMY, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC*, 2008, p. 133

## 1- La nécessité

Par la loi du 04 janvier 1993<sup>350</sup>, des changements importants ont été apportés au droit pénal des mineurs délinquants. En effet, ce texte marque un tournant puisque, désormais tous les mineurs placés en garde à vue ont le droit de demander à s'entretenir avec un avocat dès la première heure de la mesure. De plus, la possibilité de placer un mineur en garde à vue est limitée, car le texte pose le principe de l'interdiction du placement en garde à vue des mineurs de 13 ans.

Cette loi aura cependant une durée de vie assez courte puisque la nouvelle majorité parlementaire, propose dès mars de réécrire complètement cette loi. La garde à vue des mineurs de 13 ans devenue impossible soulève de particulières inquiétudes, c'est la raison pour laquelle, la loi propose à nouveau d'ouvrir la possibilité de placer en garde à vue des mineurs de 13 ans, dans le cadre d'enquêtes relatives à des infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement et avec l'accord du magistrat.

Dans le cadre d'une saisine à priori, le Conseil constitutionnel vient censurer cette disposition en affirmant que s'il appartient au législateur de prévoir la procédure par laquelle un mineur de 13 ans peut faire l'objet d'une mesure coercitive pour les besoins de l'enquête<sup>351</sup>, en matière de droit pénal des mineurs délinquants, il ne peut le faire sans apporter des garanties renforcées. Le fondement utilisé ici, est l'article 9 de la Déclaration de 1789.

Il faut cependant remarquer que le Conseil constitutionnel ne remet pas en cause le principe selon lequel des mesures coercitives puissent être mises en œuvre à l'encontre de mineurs. Il pose le principe selon lequel ces mesures ne doivent pas être d'une rigueur excessive. Pour cela, le juge constitutionnel indique des critères limitatifs rendant la mesure exceptionnelle, donc acceptable. Ainsi, il est nécessaire de prévoir un âge en dessous duquel la mesure est impossible. Il convient également de réserver cette mesure à des infractions dépassant un seuil de gravité, et enfin de prévoir le contrôle d'un magistrat<sup>352</sup>. Le législateur de 1994<sup>353</sup> tiendra compte de ces indications, en créant le régime spécifique de la retenue pour les mineurs de 10 à 13 ans<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> Loi n° 93-2 du 04 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ; obs. B. BOULOC, « Réforme de la procédure pénale (loi du 4 janvier 1993) (suite et fin) », *RSC*, 1995, p. 126 ; obs. J. PRADEL, « Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent », *Dalloz*, 1993, p. 299

<sup>351</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 93-326, 11 août 1993, considérant n° 29: « *Considérant que si le législateur peut prévoir une procédure appropriée permettant de retenir au-dessus d'un âge minimum les enfants de moins de treize ans pour les nécessités d'une enquête, il ne peut être recouru à une telle mesure que dans des cas exceptionnels et s'agissant d'infractions graves ; que la mise en œuvre de cette procédure qui doit être subordonnée à la décision et soumise au contrôle d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance, nécessite des garanties particulières ; que le régime de la garde à vue du mineur de treize ans, même assorti de modalités spécifiques, ne répond pas à ces conditions* »

<sup>352</sup> Op. cit n°60, n° 126, p. 28

<sup>353</sup> Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale ; *JORF* n°27, 02 février 1994, p. 1803 ; considérants 20 à 26 de la décision du Conseil constitutionnel, n° 93-334 DC, 20 janvier 1994

<sup>354</sup> T. RENOUX, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale », *Dalloz*, 1995, p. 340

Le Conseil constitutionnel aborde donc les mesures coercitives sous l'angle de la nécessité (article 9 de la Déclaration de 1789) afin d'opérer une balance entre les besoins de l'enquête et la protection des jeunes mineurs. Paradoxalement, le juge constitutionnel n'adopte pas une vision si protectrice lorsque celui-ci opère son contrôle de conformité à la Constitution des peines minimales. Il apporte néanmoins un élément important dans l'étendue de ce contrôle sur l'individualisation des peines.

## 2- L'individualisation des peines

La décision du 03 mars 2007 a été longuement commentée et critiquée<sup>355</sup>, car le Conseil constitutionnel y considère que les modifications relatives aux exigences de motivation des peines prononcées à l'encontre de mineurs sont conformes à la Constitution. Ce que l'on souligne moins, c'est cet élément issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789 fourni par le Conseil constitutionnel dans le considérant n°28. Celui-ci affirme en effet que « *le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, s'impose dans le silence de la loi* ».

Cela rappelle quelque chose de très important, c'est-à-dire que dans tous les cas, les magistrats sont tenus par un principe constitutionnel qui leur impose de procéder à l'examen de la personnalité pour déterminer une peine adaptée à la personnalité du délinquant. Le législateur n'a pas besoin de le préciser. Il est même possible de penser que s'il tentait d'aller contre, en imposant des mesures ou des peines qui ne pourraient pas être discutées, celles-ci pourraient être censurées.

Ce qui sauve le dispositif en matière d'éviction des motivations de certaines peines applicables à des mineurs délinquants, tient la marge d'appréciation laissée aux juridictions. Ainsi, les cours d'assises ou les tribunaux pour enfant peuvent écarter l'atténuation de responsabilité, pour les mineurs de plus de 16 ans, en fonction de leur personnalité ou si les faits relèvent de faits d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique. Dès lors, « *l'exclusion de cette atténuation de responsabilité est alors justifiée par le constat, par le tribunal pour enfants, de la nature des faits et de l'état de récidive légale* »<sup>356</sup>.

Le principe d'individualisation des peines est essentiel en droit pénal des mineurs délinquants, car cela participe de l'office du juge. La personnalité est un élément essentiel, qui a d'ailleurs permis de bâtir ce régime original du droit pénal des mineurs délinquants. L'ordonnance du 02 février 1945 impose de la prendre en compte, et le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur n'empêche pas le juge de la prendre en compte par un moyen détourné, tout comme, il veille à ce que le système des peines et autres mesures applicables aux mineurs délinquants ne soient pas d'une rigueur excessive.

Il est pourtant possible de penser que le juge constitutionnel ne va pas assez loin en la matière, notamment après la validation des peines minimales et des sanctions éducatives dès l'âge de 10 ans.

---

<sup>355</sup> B. DE LAMY, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC*, 2008, p. 133

<sup>356</sup> Conseil constitutionnel, 03 Mars 2007, n° 2007-553 DC, considérant n° 26

Malgré tout, la jurisprudence constitutionnelle demeure un élément productif de protection du droit pénal des mineurs.

## **B) Le rempart de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles**

Lors de l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est possible de remarquer que celui-ci fait référence à l'article 66 de la Constitution qu'il a lui-même consacré dans la décision du 12 janvier 1977, dite « Fouille des véhicules »<sup>357</sup>. De cette décision très courte, des auteurs comme Francette FINES ont pu affirmer que ces considérants tendaient à consacrer « *la valeur constitutionnelle tant du principe de la liberté individuelle que de celui de « l'autorité judiciaire, gardienne de cette liberté »* »<sup>358</sup>. Le juge se trouve ainsi valorisé, cependant, dans la décision du 11 août 1993, le juge constitutionnel considère que cette protection seule n'est pas suffisante (1), ce qui n'empêche pas la reconnaissance accordée aux juges (2).

### **1- Le caractère insuffisant du recours à l'autorité judiciaire**

Il est une chose qui interpelle dans cette décision du 11 août 1993, c'est que le Conseil constitutionnel affirme que la mise en œuvre des mesures coercitives pouvant être prises à l'encontre des jeunes mineurs délinquants doit être subordonnée « *à la décision et soumise au contrôle d'un magistrat spécialisé dans la protection de l'enfance* », mais tout de suite après cette mise en œuvre « *nécessite des garanties particulières* ». Ces garanties particulières sont celles qui relèvent de l'article 9 de la Déclaration comme cela a déjà été évoqué.

Par extension, cela signifie que le juge constitutionnel considère désormais que la seule intervention de l'autorité judiciaire dans l'enquête est insuffisante. Ainsi, le législateur doit veiller à offrir des garanties supplémentaires. Dès lors, comme le précise Thierry RENOUX, il résulte de cet ajout par le Conseil constitutionnel que « *même placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, se trouve contraire à la Constitution « toute rigueur qui n'est pas nécessaire pour s'assurer de la personne »* »<sup>359</sup>.

Cette décision illustre la façon dont le Conseil constitutionnel construit un système de protection basé sur une intervention du juge. Ici, il ajoute cette exigence pour garantir également le cadre d'action du juge, dans sa prérogative de protection de la liberté individuelle.

Cette double protection permet également au Conseil constitutionnel d'assurer un contrôle plus serré, car la protection de la liberté individuelle est une notion à tiroir, que le juge constitutionnel découvre et

---

<sup>357</sup> Décision du Conseil constitutionnel, n° 76-75 DC, 12 janvier 1977, « 1. Considérant que la liberté individuelle constitue l'un des principes fondamentaux garantis par les lois de la République, et proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par le Préambule de la Constitution de 1958 ;

2. Considérant que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire ; »

<sup>358</sup> F. FINES, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » dans la jurisprudence constitutionnelle », *RFDA*, 1994, p. 594

<sup>359</sup> T. RENOUX, op. cit. n°354

précise au fils du temps. Il est également possible de penser que cette position illustre la confiance du Conseil des Sages à l'égard des juges.

## **2- Une certaine reconnaissance malgré tout accordée aux juges**

Francette FINES rappelle dans l'article précité que la France est un pays dont la tradition juridique relève du légicentrisme. En effet, les révolutionnaires se méfiaient beaucoup des juges, raison pour laquelle, ils avaient placé la protection des droits reconnus par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la loi.

La Constitution de 1958 a inversé la logique en définissant les domaines de compétences réservées à la loi, le reste relevant du pouvoir réglementaire. Il en découle que c'est le législateur qui a la charge d'assurer la protection des droits fondamentaux et au juge de mettre en œuvre cette protection en adaptant les peines de façon individualisée.

Anne JENNEQUIN affirme à cet égard que « *le Conseil constitutionnel érige le juge en garant de la conformité des peines aux différentes normes de référence applicables en matière répressive* »<sup>360</sup>. L'article d'Anne JENNEQUIN propose ainsi l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel aurait abandonné le contrôle de la nécessité des peines, pour autant que le législateur n'empêche pas le juge d'individualiser la peine<sup>361</sup>.

Pourtant, il apparaît un peu douteux que le Conseil constitutionnel laisse à quelqu'un d'autre le soin d'assurer la protection des textes fondamentaux de la Cinquième République. C'est la raison pour laquelle, il met en œuvre un cadre protecteur sur le fondement de la Déclaration de 1789, et du texte de la Constitution de 1958 lui-même. Il s'agit de garanties solides, mais c'est le caractère lointain qui les rend insuffisantes pour assurer une protection moderne des principes spécifiques du droit pénal des mineurs délinquants.

## **II. Les insuffisances de cette protection**

Le cadre de protection constitutionnel est bien présent, afin d'assurer un équilibre entre les différents intérêts en présence. La découverte du PFRLR permet au Conseil constitutionnel de s'adapter, même s'il n'innove pas en matière de solutions aux questions de conformité qui lui sont posées. C'est peut-être parce que la formulation des principes était quelque peu aléatoire (**A**), ce qui est incompatible avec l'objectif de recherche de sécurité juridique (**B**).

---

<sup>360</sup> A. JENNEQUIN, « Le contrôle de compatibilité avec la constitution en matière de droit pénal », *AJDA*, 2008, p. 594

<sup>361</sup> Anne JENNEQUIN, dans son article : « *Ce raisonnement confirme une position adoptée dans deux décisions n° 94-345 DC (29 juill. 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française, Rec. 106) et 96-377 DC (16 juill. 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, Rec. 87)* »

## A) Une formulation aléatoire

Si les problématiques propres au droit pénal des mineurs sont bien identifiées, la formulation de principes propres a été aboutie par le PFRLR. Il existe cependant une proposition antérieure à 2002 de constitutionnalisation des « *droits de l'enfant* » (1), qui constituait déjà un progrès, relativement à ce que certains appellent une « *clause-balai* » (2).

### 1- Les « *droits de l'enfant* »<sup>362</sup>

Dans sa décision du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel a cette formule, « *considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que l'article 29 méconnaît les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en mettant en cause la protection des droits de l'enfant qui aurait selon eux le caractère de principe à valeur constitutionnelle* ».

Il s'agit là de répondre aux arguments des sénateurs auteurs de la saisine qui demandaient au Conseil constitutionnel « *de reconnaître une valeur constitutionnelle à la protection des droits de l'enfant et en conséquence contraire aux principes fondamentaux de la République la possibilité de mettre en garde à vue un mineur de treize ans* ». Il faut ici constater que le juge constitutionnel ne reprend pas cette idée à son compte, il semble même douter de l'utilité de cette proposition.

Pourtant, cette idée que les « *droits de l'enfant* » constitueraient une norme de valeur constitutionnelle est énoncée à de très nombreuses reprises, pas seulement dans le cadre de saisine du Conseil constitutionnel. C'est en effet ainsi que s'exprime, l'ancien Ministre de la Justice, Jacques TOUBON pour s'opposer à un amendement parlementaire tendant à étendre la comparution immédiate aux mineurs délinquants<sup>363</sup>. Ce serait le Conseil d'Etat, à l'occasion de la préparation de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, qui aurait souligné « *que les principes essentiels de l'ordonnance de 1945 semblaient présenter une nature constitutionnelle et qu'il n'était pas possible d'y déroger* ». De l'ancienneté et de la constance des lois qui ont réaffirmé les principes contenus dans l'ordonnance du 02 février 1945, Jacques TOUBON en déduit encore que ces lois seraient de celles « *auxquelles renvoie le préambule de la Constitution de 1946* ».

La formulation reprise une nouvelle fois dans la saisine du 05 août 2002<sup>364</sup> finira par emporter la conviction du Conseil constitutionnel. Ainsi, si le ce dernier a pu hésiter, des réflexions et des

---

<sup>362</sup> Conseil constitutionnel, 11 août 1993, n° 93-326 DC, considérant n° 27

<sup>363</sup> Journal officiel des débats de l'Assemblée Nationale, 17 avril 1996, 2<sup>ème</sup> séance, Jacques Toubon, Ministre de la Justice, p. 15

<sup>364</sup> Saisine Conseil constitutionnel, 05 août 2002 présentée par plus de soixante sénateurs, et visée dans la décision n° 2002-461 DC : « *Cet équilibre fondamental se trouve particulièrement exprimé dans l'article 2 de l'ordonnance qui distingue clairement, d'une part, les mesures relevant de la protection de l'enfance et de l'éducation et, d'autre part, les sanctions pénales pouvant être exceptionnellement prononcées selon une procédure particulière.*

*La valeur constitutionnelle des principes du droit des mineurs se trouve renforcée par le droit international conventionnel, et particulièrement par l'article 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par notre pays [...].*

*Cela signifie, en outre, qu'au titre de la spécificité de la justice et du droit pénal des mineurs, les normes de valeur constitutionnelle sont encore plus rigoureusement appréciées quand se trouvent en cause la liberté du mineur et donc son*

propositions sur cette question, ont fini par faire émerger l'idée qu'un concept précis et identifié était plus utile que des règles vagues énoncées de façons ponctuelles. Le PFRLR permet un contrôle constitutionnel plus concret et adaptable. Il constitue donc un véritable progrès, par rapport à d'autres techniques telles que ce que la doctrine nomme les « considérants-balai ».

## 2- Le contrôle superficiel par les « considérants-balai »

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité à priori, il y a bien entendu le texte déféré, les normes de références. On oublie parfois qu'il y a également la façon dont le juge contrôle, notamment à travers les moyens soulevés d'office. Il faut également noter que les saisines n'imposent pas au juge constitutionnel de contrôler l'ensemble du texte. De là, il faut donc savoir ce qui a été contrôlé, et inversement ce qui ne l'a pas été.

Il en est ainsi de ce que la doctrine nomme « les considérants-balai », apparus pour la première fois dans la décision rendu le 11 août 1960<sup>365</sup>. Ainsi, dans la décision du 11 août 1993, cette disposition est formulée de façon classique, « *considérant qu'il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen* ». La formule évolue dans certaines décisions, mais elle conclut toutes celles rendues à priori.

Ce qui pose question tient dans la valeur à accorder à cette formule. Comme le relève Damien CONNIL, « *la doctrine s'interrogeait sur le point de savoir si ce fameux « brevet de conformité à la Constitution » était délivré par le juge à la loi qu'il venait d'examiner* »<sup>366</sup>. Cette expression est un emprunt fait au Doyen FAVOREAU<sup>367</sup> illustrant la question de savoir si ce type de considérant donne en réalité un gage de constitutionnalité au texte entier.

La réponse à cette question est importante, car cela fonde les décisions des juridictions suprêmes en matière de renvoi de QPC. La Cour de cassation a ainsi refusé de transmettre une QPC, dans une décision rendue le 19 mai 2010<sup>368</sup>. La Haute juridiction y affirme en effet que la disposition contestée, l'article 698-6 du code de procédure pénale, renvoie à une autre disposition qui avait été déclarée conforme à la

---

*avenir. C'est ce que votre jurisprudence a indiqué, au moins par deux fois, dans les décisions du 20 janvier 1994 et du 11 août 1993* ».

<sup>365</sup> Conseil constitutionnel, n° 60-8-DC, 11 août 1960, décision dite *Redevance radio-télévision*, GDCC, 15<sup>ème</sup> éd. 2009. n° 4

<sup>366</sup> D. CONNIL, « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 742

<sup>367</sup> L. FAVOREU, « L'effectivité des décisions de justice », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Economica, 1987, p. 601

<sup>368</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, n° 09-82.582, 19 mai 2010 ; obs. Hélène Nico, « La Cour de cassation élude la question prioritaire de constitutionnalité relative à la motivation des arrêts de cours d'assises », *Dalloz*, 2010, p. 2236 ; obs. B. DE LAMY, « Absence de motivation des arrêts d'assises : la Cour de cassation se donne raison », *RSC*, 2011, p. 190 ; obs. J. BOUDON, « Pas de QPC sur la motivation des arrêts de cour d'assises », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011. 246 ; P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD Civ.*, 2010, p. 508



Constitution dans une décision rendue le 03 septembre 1986. La doctrine parle ici de « *constitutionnalité par ricochet* »<sup>369</sup>.

Ainsi, selon la portée que l'on accorde à ces « considérants-balai », il est possible de penser que le contrôle opéré une fois par le Conseil constitutionnel, vaudrait définitivement. Damien CONNIL rapporte pourtant cette citation d'un ancien membre du Conseil constitutionnel, Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, selon lequel le Conseil constitutionnel s'exprimant ainsi « *veut simplement dire qu'il n'a pas relevé en l'espèce d'office une disposition pour reconnaître son inconstitutionnalité. Mais ceci ne vaut en aucun cas brevet de constitutionnalité de toutes les autres dispositions* »<sup>370</sup>.

On ne peut que se réjouir de cette interprétation, mais dès lors, se pose la question de l'intérêt de cette précision, si cela signifie simplement que le Conseil constitutionnel a fait son travail. Cette ambiguïté ne va pas de pair avec la sécurité juridique à laquelle on peut légitimement s'attendre, raison pour laquelle le juge constitutionnel va faire évoluer sa jurisprudence.

## **B) L'objectif de recherche de sécurité juridique**

Si la QPC est considérée comme une évolution majeure du droit<sup>371</sup>, non seulement par l'originalité du recours qu'elle offre mais également parce qu'elle pose question sur la méthode de contrôle mise en œuvre par le Conseil constitutionnel. Elle fait évoluer l'office du juge en remettant en cause des normes sur lesquelles des situations se sont établies, ce qui interroge sur l'étendue de son contrôle (1), mais également sur les choix à faire parmi les techniques d'abrogation (2).

### **1- L'évolution de l'étendue du contrôle**

En matière de justice pénale des mineurs, il n'y a pas eu de décision rendue à priori mettant en œuvre le PFRLR, depuis 2011. En revanche, en 2016, une QPC a été rendue relativement à l'exécution provisoire des décisions prises par les juridictions pour enfants. La disposition contestée était issue d'un texte assez ancien qui n'avait donc pas fait l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution, la question d'un éventuel « brevet de conventionalité » ne se posait pas.

L'impact de la QPC sur le droit pénal des mineurs délinquants est donc assez difficile à évaluer, mais la question n'en demeure pas moins intéressante. Dès lors, pour avoir une idée nette de l'étendue du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, il faut se référer aux autres décisions rendues.

Il est ainsi possible de souligner que l'évolution que représente la QPC a poussé le juge constitutionnel à lever l'ambiguïté qui demeurait attachée à ce fameux « considérant-balai ». Celui-ci affirme ainsi désormais que « *le Conseil constitutionnel n'a soulevé d'office aucune [autre] question de conformité à*

---

<sup>369</sup> J.-B. PERRIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711

<sup>370</sup> D. CONNIL, *op. cit.* n° 366

<sup>371</sup> D. ROUSSEAU, « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile », *RDP*, 2009, n° 3, p. 631

*la Constitution et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans la présente décision* »<sup>372</sup>.

Désormais toute difficulté relative à cette affirmation a été écartée<sup>373</sup>. Il est clair, que le Conseil constitutionnel ne contrôle que ce qui lui a été déféré, et éventuellement ce qu'il a soulevé d'office.

Avec la QPC se pose également le problème de l'effet de ces décisions. Cette question des techniques d'abrogation est sans doute l'une des plus épineuses car elle renvoie face à face la préservation des droits des requérants, et la préservation de la sécurité juridique.

## **2- Des choix à faire parmi les techniques d'abrogation**

Dans sa décision QPC rendue le 09 décembre 2012, le Conseil constitutionnel précise dans le paragraphe 12 que « *l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet d'interdire au juge des enfants et au tribunal pour enfants toute exécution provisoire de leurs décisions, y compris des mesures ou sanctions éducatives. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1<sup>er</sup> janvier 2018 la date de l'abrogation des dispositions contestées* ».

Selon le *Vocabulaire juridique*, l'abrogation est la suppression par une nouvelle disposition d'une règle qui cesse ainsi d'être applicable pour l'avenir<sup>374</sup>. Il est évident qu'une loi ne pourrait pas être annulée car cela reviendrait à faire disparaître le texte pour l'avenir, ainsi que tous les effets que celui-ci a pu entraîner par le passé. L'abrogation ne vaut que pour l'avenir à compter du jour de la décision. Pour autant, en vertu de l'article 62 de la Constitution, le juge constitutionnel peut décider que sa décision aurait un effet immédiat, mais il peut également décider d'en aménager les effets pour l'avenir.

Cela peut paraître étonnant au regard des enjeux, qui sont en l'espèce, l'absence d'exécution provisoire d'une peine privative de liberté prononcée à l'encontre d'un mineur. Il est également possible d'affirmer que prétendre préserver la sécurité juridique, alors que l'ordre établi a été reconnu comme inconstitutionnel est antinomique. En réalité, cela ne l'est pas car, la validité d'une norme ne dépend pas de son applicabilité mais de l'interprétation qu'une institution en fait à un moment donné. On peut dire que « *l'abrogation de la loi s'analyse alors comme un choix interprétatif* »<sup>375</sup>.

En l'espèce, le requérant ne pourra donc pas bénéficier de l'effet de l'abrogation, sauf si le Conseil constitutionnel enjoint à la Cour de cassation de sursoir à statuer jusqu'à l'effet de l'abrogation, ce qui n'est pas le cas. Mais même si la voie constitutionnelle est fermée, il est possible de fonder sa prétention

---

<sup>372</sup> Conseil constitutionnel, n° 2016-738 DC, 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*, considérant n°32 ; JORF n° 0265, 15 novembre 2016, texte n° 2 ; obs. N. Jacquinet et R. Vaillant, « Droit constitutionnel », *Dalloz*, 2017, p. 1328

<sup>373</sup> C. FERNANDES, « Le contrôle de constitutionnalité a priori exercé sur les lois ordinaires depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDA*, 2018, p. 387

<sup>374</sup> G. CORNU, op. cit. n° 38, « abrogation », p. 4

<sup>375</sup> D. FALLON, « Le juge et l'abrogation de la loi », *RFDA*, 2017, p. 865

sur les dispositions conventionnelles. Ainsi, la Cour de cassation, en sa première chambre civile<sup>376</sup>, a admis une telle solution, et il n'est pas absurde d'imaginer que la chambre criminelle puisse un jour en faire de même, particulièrement dans le contentieux si sensible de l'exécution des peines privatives de liberté.

L'application des principes de droit commun permet donc de décrire un autre aspect de la protection des mineurs délinquants. Là encore, différents principes sont mis en œuvre, et semblent parfois entrer en contradiction. Les institutions judiciaires ne vont pas faire primer l'un sur l'autre, mais chercher à les concilier. C'est de cette manière que leur crédibilité est assurée, en sanctionnant quand cela s'avère nécessaire les dispositions qui portent atteinte aux principes fondamentaux du droit pénal des mineurs délinquants.

Certains s'alarment que ces censures n'interviennent pas plus souvent. Il est vrai que la mise en œuvre de certaines règles à l'encontre des mineurs a modifié l'aspect de l'ordonnance du 02 février 1945. Un exemple démontre pourtant le contraire, c'est la comparution immédiate. En effet, malgré plusieurs tentatives répétées au fil du temps, le législateur n'est jamais parvenu à l'imposer en tant que tel. Il faut espérer que cela continue, ce qui est tout à fait possible grâce au soutien des principes directeurs du procès pénal de droit commun. Les insuffisances de ceux-ci ont conduit à la découverte d'un PFRLR qui permet de préserver les spécificités du droit pénal des mineurs délinquants. Tout comme le droit commun s'est avéré intéressant mais insuffisant pour assurer efficacement la protection des mineurs, la notion de responsabilité pénale a été imposée, puis mise à l'écart, puis réintroduite, illustrant ainsi les difficultés inhérentes à cette notion, son intérêt et ses limites pour permettre une bonne application des principes spécifiques aux mineurs délinquants.

## **Section 2 : La responsabilité comme notion intéressante mais discutable**

La responsabilité est une notion de droit pénal général qui peut se définir comme l'« *obligation de répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui les réprime* »<sup>377</sup>. Comme l'indique le Professeur Loïck VILLERBU, cette notion illustre la conception judéo-chrétienne de la peine. Celle-ci y a une coloration doloriste, de telle sorte que plus le mal est grave, plus la souffrance infligée en retour, doit être grande<sup>378</sup>.

Autrement dit, la responsabilité pénale est conçue comme l'aptitude à répondre d'actes commis et considérés comme répréhensibles, devant des juridictions établies spécialement. Cela pose question face à des actes commis par des mineurs, car ceux-ci sont traditionnellement considérés comme immatures. Ici, la responsabilité pénale se distingue de la responsabilité civile en ce qu'elle ne prévoit pas

---

<sup>376</sup> Cour de cassation, Première chambre civile, 09 avril 2013, n° 11-27.071

<sup>377</sup> G. CORNU, « responsabilité », op. cit. n°38, p. 908

<sup>378</sup> Thèse de C. MONTOR, *Les principes supérieurs du droit pénal des mineurs délinquants*, p. 73, n° 86

d'irresponsabilité de principe des mineurs. Ceux-ci peuvent donc commettre des actes infractionnels et en répondre eux-mêmes.

On trouve de très nombreux exemples d'aménagements de la responsabilité pénale des mineurs<sup>379</sup> à tel point qu'au lendemain de la Seconde guerre mondiale l'optique se renverse. Dès lors, le mineur n'est plus observé à travers la notion de responsabilité, mais d'éducabilité, manifestant ainsi certaines hésitations conceptuelles et légales (I), mais cela a permis de faire émerger des hypothèses d'évolutions de ces notions (II).

## **I. Les hésitations conceptuelles et légales**

Comme le souligne Philip MILBURN dans son ouvrage<sup>380</sup>, la période de l'après-guerre est non seulement marquée par l'émergence du primat de l'éducation des mineurs délinquants, mais également par une meilleure prise en compte de la nécessaire protection des enfants. De cet équilibre, il en déduit le principe « d'éducabilité ». Il semble ainsi que les notions d'éducabilité et de discernement étaient exclusives l'une de l'autre (A), ce qui n'est plus le cas dans une société de responsabilisation des individus (B).

### **A) La dichotomie éducabilité-responsabilité**

Philip MILBURN définit l'éducabilité comme le principe qui veut que « *les juges [considèrent] en premier lieu les possibilités qu'offre le jeune en termes de prise en charge éducative et par conséquent fonder leur décision sur sa « personnalité » et non sur l'acte commis* »<sup>381</sup>. Il s'agit d'un point de vue très révélateur d'une conception du droit pénal des mineurs délinquants autour de plusieurs notions opposées (1), alors même que cette opposition en réalité est inutile relativement à la protection du mineur délinquant (2).

#### **1- Une différence de point de vue révélatrice**

Denis SALAS, juge des enfants au tribunal de grande instance de Nanterre, affirme qu'en France, « *on parle davantage [...] de justice des mineurs que de « droit » des mineurs compte tenu de la minceur du droit positif et des pouvoirs du juge qui réunit dans ses mains la possibilité de sanctionner et de protéger* »<sup>382</sup>. Il oppose en effet la tradition legaliste et rigide, typique des pays anglo-saxon et la conception française issue de l'ordonnance du 02 février 1945, que l'on qualifie souvent de « tutélaire » et qui permet de mettre en place un système qui tourne autour de l'éducabilité.

Le modèle legaliste vise à l'application « *d'un système régulé par le droit* »<sup>383</sup> qui fait dès lors peu de cas de la situation individuelle du mineur. Cela n'empêche pas que les mineurs soient l'objet de

---

<sup>379</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2006

<sup>380</sup> P. MILBURN, *Quelle justice pour les mineurs ?*, Erès, 2009, p. 42

<sup>381</sup> Idem

<sup>382</sup> D. SALAS, « Modèles tutélaire ou modèle legaliste dans la justice pénale des mineurs ? », *RSC*, 1993, p. 238

<sup>383</sup> Idem

sanctions différentes des majeurs. En revanche, dans le modèle tutélaire, les normes sont organisées de façon à laisser une large place au choix du magistrat quant à la recherche d'une solution éducative qui prend en compte la personnalité du mineur et son environnement.

La variable entre ces deux systèmes tient à la place accordée à la notion de discernement. En effet, celle-ci est centrale dans un modèle tutélaire où l'on considère que le mineur ne peut comprendre la sanction que s'il distingue déjà à priori le bien du mal<sup>384</sup>.

L'ordonnance du 02 février 1945 semble opter pour un modèle tutélaire, sans pour autant abandonner les distinctions entre les mineurs posées par les seuils de réponses pénales. C'est la raison pour laquelle, on oppose souvent les notions d'éducabilité et de responsabilité. Pourtant, cette opposition est totalement inutile.

## 2- Une opposition inutile

Le Professeur Christine LAZERGES explique très bien pourquoi la notion de discernement a été mal entendue par la doctrine moderne<sup>385</sup>. Celle-ci a été introduite par les révolutionnaires puis reprise par le Code pénal de 1810 dans un système qui fonctionne à l'identique pour les majeurs et les mineurs. Cette notion y est alors le point d'équilibre, qui permet aux juridictions d'appliquer des sanctions atténuées aux mineurs, car ceux qui ne sont pas dotés de discernement sont irresponsables pénalement.

Le Professeur LAZERGES rappelle ainsi que s'il était exacte de parler de présomption d'irresponsabilité sous les lois de la Troisième République, cette affirmation devient fautive depuis l'ordonnance du 02 février 1945. En effet, « *ni le terme de responsabilité, ni le terme de présomption, ni l'expression de présomption simple ou irréfutable ne sont prononcés* »<sup>386</sup>. Les articles 1 et 2 du texte ne visent qu'à affirmer un privilège de juridiction, ainsi que l'échelle des mesures et des peines applicables en fonction de l'âge. La consécration du discernement comme cause de responsabilité pénale par la nouvelle rédaction de l'article 122-8 du code pénal, n'a pas fait évoluer les choses.

Il existe très peu de jurisprudence sur la question si ce n'est pour confirmer qu'un mineur de 10 ans peut être relaxé malgré la matérialité des faits « *en constatant que le mineur n'avait pas eu conscience de commettre des infractions de nature sexuelle* »<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> Le *Vocabulaire judiciaire* (G. CORNU, op. cit n°38) définit le discernement comme « l'aptitude à distinguer le bien du mal, qui apparaissant chez le mineur, à l'âge de raison (question de fait), le rend capable de s'obliger délictuellement »

<sup>385</sup> C. LAZERGES, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 2 février 1945 », *RSC*, 1995, p. 149

<sup>386</sup> *Idem*

<sup>387</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 décembre 2006, n° 06-81.379, inédit : l'absence de discernement déduit de l'absence d'élément intentionnel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et permet de relaxer le mineur malgré le constat souligné de la matérialité des faits

Un arrêt rappelle encore que dans la situation où un mineur a été relaxé suite au constat fait de son « *irresponsabilité pénale fondée sur l'absence de discernement* », la juridiction spécialisée perd son pouvoir de se prononcer sur les intérêts civils pouvant être alloués à la victime constituée partie civile<sup>388</sup>.

Cet article permet enfin de rappeler que le mineur âgé de 5 ans ne peut pas être condamné<sup>389</sup>.

Au final, il apparaît donc bien que si le discernement pris dans le sens de l'éducabilité du mineur est au cœur de la philosophie de l'ordonnance du 02 février 1945, celui-ci n'en demeure pas moins une notion peu utilisée car mal adaptée au contexte légal français. En effet, l'ordonnance met en avant l'argument de la personnalisation des peines en fonction du mineur, elle prévoit également des seuils à partir desquels les différentes mesures ou peines pourront être appliquées au mineur.

Ainsi, il est possible de dire que de facto le système français dispose d'une présomption de responsabilité des mineurs de 10 à 18 ans, et une présomption d'irresponsabilité pour les autres, malgré un système fondé sur l'éducabilité des mineurs. La consécration par la loi Perben I de la notion de discernement dans l'article 122-8<sup>390</sup> n'a fait que brouiller les lignes inutilement<sup>391</sup>, alors même qu'il serait logique de fixer un seuil de responsabilité pénale dans une société de responsabilisation des individus.

## **B) Vers une société de responsabilisation des individus**

Le droit pénal français ne connaît pas et n'a jamais connu de principe d'irresponsabilité générale des mineurs. Bien au contraire, de très nombreux auteurs, dont Marc ANCEL défendent l'idée selon laquelle la responsabilisation de mineurs participe de leur resocialisation. Cela illustre bien l'évolution qui permet au mineur de devenir sujet de droit (1) pour atteindre un objectif de comportement adulte et citoyen (2).

### **1- Le mineur sujet de droit**

Comme l'indique Philip MILBURN « *considéré comme sujet de droit en formation, le jeune doit être abordé en termes de responsabilisation* »<sup>392</sup> de telle sorte que « *si elle n'exclut pas la prise en compte de la personnalité du jeune, elle ne l'envisage plus dans la perspective d'une clinique psychologique ou*

---

<sup>388</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 08 juin 2017, n° 16-83.345, publié au bulletin

<sup>389</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 novembre 2017, n° 17-80.893, publié au bulletin ; obs. M. BOUCHET, « Âgé de cinq ans et déjà verbalisé pour stationnement irrégulier ! », *Dalloz*, 2018, p. 399 : grâce à un moyen relevé d'office, cet arrêt rappelle qu'un mineur de 5 ans ne peut être condamné par manque de discernement, même si le système de contravention dans le Code de la route fonctionne en grande partie sur la présomption de culpabilité du titulaire de la carte grise. L'absence de discernement permet donc de repousser une présomption légale de culpabilité. Ensuite, la Chambre criminelle rappelle que pour une contravention, un mineur de 13 ans ne peut être condamné qu'à une admonestation, alors qu'en l'espèce, feu la juridiction de proximité avait prononcé une peine d'amende ; voir également Cour de cassation, Chambre criminelle, 02 mai 2018, n° 17-85.410, inédit

<sup>390</sup> Article situé dans le chapitre II intitulé « Des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité » titre II « De la responsabilité pénale » du Code pénal

<sup>391</sup> Contre : thèse de C. MONTOR, *Les principes supérieurs du droit pénal des mineurs délinquants*, p. 58, n° 51

<sup>392</sup> P. MILBURN, op. cit. n°380, p. 110

*psychanalytique, mais dans celle d'un ensemble structuré par le comportement du jeune, cadré par l'exercice de ses droits* »<sup>393</sup>.

Cela manifeste d'un renversement des paradigmes en matière de droit pénal des mineurs délinquants. Alors que précédemment le mineur délinquant était perçu comme un malade que l'on pouvait traiter grâce à une action socio-médico-judiciaire, désormais, le mineur est un sujet actif qui a des droits et des devoirs.

Comme le suggère la définition de l'éducabilité donnée par Philip MILBURN, le mineur délinquant doit être appréhendé selon sa personnalité, ses capacités, en laissant de côté l'infraction commise<sup>394</sup>. Carmen MONTOIR qualifie cette évolution de poussée légaliste vers une éthique de responsabilisation, qui implique parallèlement une plus grande pénalisation des mineurs.

Cette évolution produit un effet paradoxal puisque d'un côté le modèle français considère que ce qui permet d'assurer au mieux cette protection, c'est la double compétence du juge des enfants, ainsi que ses pouvoirs élargis (enquête officieuse de l'article 8, alinéa 2 de l'ordonnance). Ainsi, « *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* »<sup>395</sup>. Pourtant, la poussée du mineur sujet de droit amène à faire entrer dans ce type de procédure la notion de droit à un procès équitable, induisant notamment l'évolution de la notion d'impartialité appliquée au juge des enfants.

S'il n'est pas possible de nier que des évolutions soient nécessaires, il faut se méfier des concepts développés pour les délinquants majeurs. Il ne faudrait pas que des blocages apparaissent en pratique, alors même que l'objectif final reste de donner la possibilité aux mineurs délinquants de développer un comportement adulte et citoyen.

### **1- Un objectif de comportement adulte et citoyen grâce aux choix du mineur pendant la procédure**

Dans l'article « *Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs ?* », Denis SALAS propose un nouveau modèle de procès qui permettrait de mettre le mineur délinquant au cœur du processus judiciaire. Dans une optique d'éducabilité, le mineur pourra en effet faire des choix, qui le pousseront en théorie à prendre en main son procès, sa sanction potentielle et par la même peut-être son avenir. Cette idée de vouloir provoquer chez le mineur une prise de conscience immédiate des conséquences de son acte grâce à la procédure est très intéressante, même si elle ne coïncide pas vraiment avec la tradition inquisitoriale du procès pénal français.

---

<sup>393</sup> Idem, p. 130

<sup>394</sup> Voir n° 380

<sup>395</sup> P. MILBURN, op. cit. n°380

Dans son article, ce juge des enfants propose de créer deux voies procédurales applicables aux mineurs. L'une suivrait les préceptes du procès équitable pour les délinquants d'habitude, l'autre se déroulerait sous forme de procédure abrégée pour les cas de délinquances occasionnelles ou transitoires. Ce choix s'opèrerait au stade de l'examen de la culpabilité, où le juge laisserait l'occasion au mineur de mettre ses mots sur les faits.

Aujourd'hui, une forme de choix est offerte au juge des enfants, qui peut décider d'orienter l'affaire devant le tribunal pour enfant, ou de prononcer immédiatement une mesure éducative en chambre du conseil. La loi prévoit une clef de répartition, en rendant obligatoire le renvoi devant le tribunal pour enfant les mineurs de plus de 16 ans, ayant commis un délit puni d'au moins sept ans d'emprisonnement. En réalité, la pratique annihile les effets ainsi prévus, plus particulièrement pour les primo-délinquants car les délais d'audience devant le tribunal sont trop longs<sup>396</sup>.

Cet auteur suggère également d'introduire une impartialité optionnelle selon que le mineur estime que le juge des enfants qui le connaît ne serait pas impartial lors du jugement. Tout comme d'autres<sup>397</sup>, il propose de rompre avec l'alternative posée par l'ordonnance entre les mesures éducatives et les peines.

Ces propositions sont un peu datées, mais elles trouvent dans le droit positif un certain écho. Désormais le principe d'impartialité est de mise chez le juge des enfants, comme en a décidé le juge constitutionnel dans sa décision QCP du 08 juillet 2011. En revanche, le modèle inquisitoriale demeure et à plus forte raison du fait de la baisse du nombre d'instruction, tout comme le principe de non-cumul des mesures éducatives et des peines.

Si ces propositions sont intéressantes, c'est surtout parce qu'elles permettent une réflexion sur les conséquences induites de la responsabilité des mineurs. Celle-ci complète la notion d'éducabilité en ce qu'elle met le mineur au centre de la procédure, dans le respect des traditions françaises. L'éducabilité la tempère car elle permet de considérer le mineur selon ses capacités à évoluer vers une vie sans délinquance. Le mineur délinquant devient sujet de droit, et les possibilités qui pourraient lui être offertes par la procédure visent à ce que celui-ci adopte un comportement adulte et citoyen. Des améliorations au concept de responsabilité pénale des mineurs sont cependant souhaitables.

## **II. Des améliorations souhaitables au concept de responsabilité pénale des mineurs**

Le concept de responsabilité pénale a donc des conséquences très radicales puisque d'un côté, il permet de sanctionner un mineur pour son comportement. D'un autre côté, en cas de déclaration d'irresponsabilité, il laisse un acte impuni. C'est la raison pour laquelle la notion de responsabilité pénale

---

<sup>396</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n° 61, n° 221

<sup>397</sup> C. LAZERGES, « Quel droit pénal des mineurs pour l'Europe de demain ? », in *Mélanges Levasseur*, Litec, 1992, p. 442



des mineurs doit être minutieusement organisée, ce qui passe par la détermination d'un seuil (A), même si des difficultés demeurent autour de cette notion (B).

### A) L'apport de la détermination d'un seuil

La question de la détermination du seuil de responsabilité est de celle que les pénalistes aiment poser pour dire qu'ils ne peuvent rien dire de plus. Pourtant, une telle détermination serait sans doute très bénéfique pour notre droit (1), même si cela provoque une mise à l'écart concomitante de la notion de discernement (2).

#### 1- L'importance de la détermination du seuil

Cette question du seuil est ancienne, qui revient régulièrement, particulièrement lorsque certaines juridictions du premier degré oublient des principes de base du droit pénal en infligeant une peine d'amende à un enfant de 5 ans pour stationnement gênant<sup>398</sup>.

En Europe, la France fait figure d'exception puisque de nombreux autres pays ont décidé de fixer un seuil d'âge en dessous duquel un mineur ne peut pas engager sa responsabilité pénale. Ce seuil varie beaucoup<sup>399</sup> de telle sorte qu'en Grèce et en Suisse, c'est 7 ans. En Grande-Bretagne, c'est 10 ans et en Belgique, c'est le principe de non-imputabilité pour les mineurs de 16 ans, et l'examen de la personnalité pour déterminer si les mineurs âgés de plus de 16 ans sont pénalement responsables.

La France est d'autant plus isolée que les textes internationaux applicables en la matière font référence à ce seuil. Ainsi l'article 4 des Règles de Beijing prévoit que « *dans les systèmes juridiques qui reconnaissent la notion de seuil de responsabilité pénale, celui-ci ne doit pas être fixé trop bas eu égard aux problèmes de maturité affective, psychologique et intellectuelle* ». L'article 40 paragraphe 3.a) est plus explicite, puisqu'il affirme la nécessité de tendre vers la fixation d'un seuil minimal en dessous duquel les mineurs seront présumés « *ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi pénale* »<sup>400</sup>.

La force obligatoire de ce texte ayant été reconnue par le législateur français puis par la jurisprudence, il est dès lors possible de s'étonner que des évolutions législatives n'aient pas déjà eu lieu. Cela d'autant plus que les nombreuses commissions ayant proposé des pistes de réforme de la matière ont relevé à de nombreuses reprises la nécessité d'un tel changement<sup>401</sup>. Il faut cependant signaler que la Cour européenne des droits de l'homme considère dans l'arrêt *T. contre Royaume-Uni* (19 décembre 1999)

---

<sup>398</sup> Voir n° 388

<sup>399</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n°61, n°78

<sup>400</sup> Article 40 de la CIDE : « 3. *Les États 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* »

<sup>401</sup> Commission COSTA, 1975 ; avant-projet de réforme de réforme ARPAILLANGE, 27 juin 1990 ; Commission VARINARD de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 relative aux mineurs délinquants, 03 décembre 2008

qu'en lui-même un seuil de responsabilité bas par comparaison aux autres pays européens, n'est pas contraire à l'article 3 de la Convention qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants.

Le législateur français s'est contenté en 2002 d'inscrire le discernement comme critère d'orientation. A l'inverse, fixer un seuil de détermination de la responsabilité pénale mettrait à l'écart la notion de discernement et clarifierait grandement les choses.

## **2- La mise à l'écart concomitante de la notion de discernement**

L'ordonnance du 02 février 1945 n'a pas pris position sur la question de la fixation d'un seuil à partir duquel les mineurs pourront être responsables pénalement. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a rapidement dû apporter des précisions sur cette question. C'est à l'occasion du célèbre arrêt Laboube<sup>402</sup>, que la Chambre criminelle précise que « *conformément aux principes généraux du droit* », il est nécessaire que « *le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte ; que toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté* ».

Ici, la Cour de cassation fait le constat de l'absence d'élément moral, afin de rejeter la responsabilité du mineur. La situation est presque un cas d'école, puisqu'il s'agit d'un enfant de 6 ans qui commet une infraction non-intentionnelle. En matière d'infraction non-intentionnelle, l'élément moral est la conscience par l'agent d'un comportement imprudent, ou d'une imprévoyance consciente<sup>403</sup>. La Cour de cassation en appelle donc aux principes généraux du droit pénal, afin d'influer sur une matière spécifique. De cet arrêt, la doctrine en a déduit l'importance du discernement dans l'ordre juridique créé par l'ordonnance du 02 février 1945.

La fixation d'un seuil minimal de responsabilité pénale viendrait réduire la portée de cette notion de discernement, car en dessous de l'âge fixé par ce seuil, aucune question ne se poserait. Un mineur ne pourrait dans aucun cas être poursuivi, et donc condamné pour une infraction qu'il aurait commise. Cela ne retirerait rien à la compétence du juge des enfants, qui pourrait tout de même s'alarmer qu'un très jeune enfant soit déjà sur le chemin de la délinquance. Il mettrait alors en œuvre une assistance éducative, comme c'est déjà le cas. Pour les autres mineurs, ayant dépassé l'âge requis pas le seuil, le discernement pourrait éventuellement venir au secours de certaines situations.

Ainsi, tout en repoussant le discernement à sa place qui doit être résiduelle, la fixation d'un seuil d'âge de responsabilité pénale viendrait clarifier le droit pénal des mineurs délinquants conformément aux engagements internationaux pris par la France. Cela laisse cependant toujours des questions en suspens qu'il faut alors examiner de façon séparée.

---

<sup>402</sup> Cour de cassation, chambre criminelle, 13 décembre 1956, n° 55-05.772

<sup>403</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 119

## **B) Les difficultés demeurantes autour de la notion de responsabilité pénale des mineurs**

La fixation d'un seuil de responsabilité pénale pour les mineurs ne fait pas tout, et des questions demeurent car cette notion est en lien avec les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui en fait un instrument parfaitement manipulable pour de la politique criminelle (1). Il faut également faire le constat de la nécessité d'opérer une différenciation entre seuil de responsabilité pénale et seuil de réponse pénale (2).

### **1- Un élément constitutif de l'infraction manipulable pour de la politique criminelle**

La fixation d'un seuil de responsabilité pénale aurait pour conséquence de dissocier la commission d'un acte prohibé de l'imputabilité de celui-ci au délinquant. Le très jeune âge deviendrait donc une cause de non-imputabilité de l'infraction. En effet, le principe en droit pénal général c'est qu'une faute doit être reliée à quelqu'un en particulier qui l'aurait voulu<sup>404</sup>. C'est la raison pour laquelle il n'existe pas de responsabilité collective pour la commission d'un seul fait.

La fixation d'un seuil doit permettre de clarifier les réponses à apporter aux actes de délinquances commis par les mineurs. Pour cela, il doit s'agir d'un élément identifiable et compréhensible, fixé en considération du critère de protection du mineur. Ici, il faut relever que la commission VARINARD avait retenu un seuil ambitieux de 12 ans « *comme étant le plus pertinent au regard de la réalité actuelle de la délinquance juvénile* » (proposition n° 8). Pourtant, il semblerait que tous les intervenants, et les médecins en premier, ne s'entendaient pas sur ce seuil.

Une telle réforme devrait donc veiller à fixer un seuil solide, et ne pas en profiter pour abaisser encore celui à partir duquel des mesures éducatives peuvent être prises. La seule réponse doit relever de l'assistance éducative afin d'aider des familles en difficulté ou de repérer une difficulté propre au mineur.

Il est également très important de dissocier le seuil de responsabilité du seuil d'application des réponses pénales aux infractions commises.

### **2 Une différenciation nécessaire entre seuil de responsabilité et seuil de réponse pénale**

En l'absence d'indication légale, la doctrine a construit un édifice instable fait de déduction de l'arrêt Laboube et des éléments fournis par l'ordonnance. D'un côté, elle en déduit le recours au discernement pour distinguer les mineurs. Elle le confirme par l'observation des seuils fixés pour la mise en œuvre

---

<sup>404</sup> F. DEBOVE, F. FALLETTI et T. JANVILLE, op. cit. n° 403

des différentes réponses pénales à l'encontre des mineurs. Il s'agit ici d'une grave confusion opérée entre la responsabilité et la réponse pénale appropriée.

La fixation d'un seuil de responsabilité pénale permettrait de mieux distinguer ces deux éléments, qui sont indubitablement liés, mais qui demeurent différents. En effet, la responsabilité et son pendant l'irresponsabilité tiennent à une qualité de la personne ayant commis une infraction ou à une circonstance très particulière l'ayant poussée à la commettre. C'est un a priori, qui conditionne la suite de la procédure alors que la peine est l'aboutissement de cette procédure, et elle suppose que la personne poursuivie soit responsable.

## Conclusion

François TOURET DE COUCY indique que dans le compte-rendu des débats de l'Assemblée nationale relatifs à la loi du 11 avril 1908, tendant à dépénaliser la prostitution des mineurs, qu'il est possible de lire cette interrogation : « *L'intérêt de l'enfant, mais où est-il véritablement et comment peut-on raisonnablement soutenir qu'il réside dans une mesure prise pour son amendement et non dans son arrestation !* »<sup>405</sup>.

Cette interrogation n'a cependant jamais réellement disparue. Après la guerre, dans un pays à reconstruire complètement, le gouvernement affirme courageusement qu'il y a mieux à espérer pour les mineurs que des sanctions aveugles. Par une formule demeurée célèbre, ce texte affirme alors que le pays a la charge de prendre soin de sa jeunesse. C'est cette optique qui marque un tournant dans la façon dont le législateur va prévoir le régime applicable aux mineurs délinquants. Par un effet boomerang, bientôt ce sont ces adaptations qui viendront influencer les mesures applicables aux mineurs victimes, et même aux autres délinquants.

Le droit international intervient également en posant des principes ayant un caractère universel, au premier rang desquels l'intérêt supérieur de l'enfant. Son rôle de « parapluie » pour paraphraser Jean ZERMATTEN, influe sur tous les autres, imposant ainsi aux états de placer cet intérêt au centre de toutes les considérations qui touchent les mineurs.

En droit interne, les réformes se succèdent également très rapidement. La préoccupation du législateur n'est cependant plus autant relative aux mineurs. Néanmoins, la question de savoir si l'intérêt supérieur de l'enfant peut primer en droit pénal français peut se poser.

Il est possible de dire que ce n'est pas le cas, car le droit pénal des mineurs prend déjà en compte et depuis très longtemps, l'intérêt de l'enfant dans la procédure applicable. Cela en fait un droit remarquablement bien adapté et articulé (**I**), mais également un droit évolutif et ancré dans la pratique (**II**).

### **I. Un droit remarquablement bien adapté**

Si l'ordonnance du 02 février 1945 est toujours d'actualité c'est sans doute parce que les principes qu'elle prévoit illustrent une conception très moderne de l'enfant (**A**), ce qui est permis par une articulation optimum des différents principes fondamentaux du droit pénal au sens large (**B**).

---

<sup>405</sup> F. TOURET DE COUCY, op. cit. n° 61, n° 4 ; voir JORF du 05 juin 1907, p. 694

## A) Une conception du mineur très moderne

En droit pénal, une très grande attention est accordée aux mineurs délinquants car à priori ce sont eux les plus susceptibles de subir des mesures attentatoires à leur personne. La nécessité de leur apporter une protection procédurale spécifique se manifeste rapidement, dans la foulée de l'émergence de la notion d'enfance à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle. En revanche, c'est n'est que plus récemment que les besoins spécifiques du mineur victimes sont apparus aux yeux du législateur. La différence entre les deux tient essentiellement à l'acceptabilité par la société des réformes adoptées.

Dans ces deux aspects de la minorité, le mineur devient sujet de droits. Les garanties spécifiques matérialisent cette conception de l'enfant. Celui-ci est un être en développement qui est placé au centre de la procédure.

Raymond GASSIN illustre cette conception différente et moderne qui consiste à placer la rééducation au cœur de la répression. Alors que la répression vient traditionnellement neutraliser le délinquant, « l'ordonnance du 2 février 1945, a-t-on dit, a fait de la rééducation « le mode normal de sanction des mineurs délinquants de 18 ans » »<sup>406</sup>. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance et les réformes qui vont suivre s'emploieront à créer de nouvelles mesures ayant un caractère éducatif.

Dans ce même article, le Professeur GASSIN reprend un élément issu de l'ouvrage du Professeur Bernard BOULOC, qui permet de dire qu'en terme de pénologie « le mineur est « sorti du droit pénal » puisqu'on le rééduque plus qu'on ne le punit ».<sup>407</sup> La politique criminelle va cependant évoluer.

En matière de protection des mineurs victimes se développe le recours aux administrateurs ad hoc, avec les questions que cela pose.

En matière de procédure applicable aux mineurs délinquants, il est possible de remarquer que celle-ci oscille désormais entre resocialisation par des mesures nouvelles telles que le stage de citoyenneté et mesures répressives, au premier plan desquelles les sanctions éducatives. Les auteurs s'accordent pour affirmer que la nature de ces mesures est pour le moins « douteuse »<sup>408</sup>, applicables aux mineurs dès 10 ans. Ainsi comme le remarque la Commission d'enquête sur la délinquance des mineurs désormais, « la justice des mineurs en France n'est pas particulièrement laxiste. Elle est erratique »<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> R. GASSIN, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », RSC, 1996 p.155

<sup>407</sup> D'après l'article de R. GASSIN : voir B. BOULOC, *Pénologie*, Dalloz, Précis, 1991, n° 420, p. 297

<sup>408</sup> BONFILS Philippe, « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », *JCP G*, Etude n° 24, 9 Juin 2004, doct. 140, paragraphe n° 26 ; voir également J. CASTAIGNÈDE, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *Dalloz*, 2003, p. 779

<sup>409</sup> Sénat, *La République en quête de respect*, Commission d'enquête sur la délinquance des mineurs, rapport d'enquête n° 340, 27 juin 2002

Malgré ces hésitations, l'équilibre demeure assuré par la consécration d'un PFRLR par le Conseil constitutionnel, qui assure ainsi une balance optimum entre les principes qui constituent l'esprit même du droit pénal des mineurs.

### **B) Une articulation optimum des principes fondamentaux**

Le mineur délinquant n'est plus à soigner, il fait l'objet de mesures de contraintes pendant l'enquête et de réponses pénales qui peuvent être très contraignantes. La problématique se déplace donc sur le terrain de l'articulation entre protection de l'ordre public et protection du mineur.

Il faut bien avoir à l'esprit que les principes fondamentaux du droit pénal prévus par la Déclaration de 1789, trouvent à s'appliquer en droit pénal des mineurs. Par ailleurs, prend longtemps, il s'agissait des références principales en matière de contrôle de conformité à la Constitution opéré par le Conseil constitutionnel. Des censures, notamment d'une procédure de comparution immédiate, ont ainsi pu avoir lieu.

Il semblerait cependant que le besoin d'une protection supplémentaire ce soit fait ressentir d'où la consécration du PFRLR par la décision du 29 août 2002. Si le pouvoir de censure de ce principe ayant valeur constitutionnelle, ne s'est pas fait sentir de façon très flagrante, cela illustre néanmoins l'importance que recouvrent les principes du droit pénal des mineurs.

Le Conseil constitutionnel est conscient des problématiques, mais il ne peut pas se faire législateur. Le Professeur Denys de BECHILLON présente cette problématique. En France, le juge constitutionnel est cantonné à une place très particulière, toujours entre deux feux car « *le Conseil doit être rendu attentif à la véritable étendue de son pouvoir, averti de sa possible illégitimité à l'exercer sans retenue, incité à exercer son office avec conscience et modération, si possible dans un cadre prédéterminé et par-là même prévisible* »<sup>410</sup>.

Après la découverte du PFRLR, le Conseil constitutionnel l'a laissé de côté pendant longtemps, en ne reconnaissant ainsi pas que les peines minimales étaient contraires aux principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs<sup>411</sup>. Cette position a laissé la doctrine dubitative, mais il est possible de penser que le temps ayant un peu passé, le juge constitutionnel pourra se saisir pleinement du principe surtout si le législateur n'entreprend pas de réforme majeure.

Le droit pénal des mineurs est un droit très marqué par l'influence de la pratique qui lui permet de rester ancré dans la réalité des besoins des mineurs qui évoluent tout comme la société dans laquelle ils vivent.

---

<sup>410</sup> D. DE BECHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », Dossier : Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008

<sup>411</sup> Voir Rapport VARINARD, *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, 03 décembre 2008 ; voir également A. GOUTTENOIRE, « Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs », *AJ Pénal*, 2009, p. 13

## II. Un droit évolutif et ancré dans la pratique

Face au virage sécuritaire pris par le législateur, la doctrine n'est pas unanime sur les effets. Certains affirment leur conservatisme<sup>412</sup> d'autres leur indignation comme l'ancienne présidente de l'AFMJF, Catherine SULTAN<sup>413</sup>. En revanche, ce qui est indiscutable, c'est que cette branche de droit tend à incorporer une pluralité d'acteurs (A), mais c'est également que le droit pénal des mineurs doit évoluer (B).

### A) L'incorporation d'une pluralité d'acteurs

Cette incorporation d'une pluralité d'acteurs est permise par la double compétence du juge pour enfant, qui lui permet de recueillir l'avis d'intervenants extérieurs tels que des psychologues ou des professionnels du secteur social. Cependant, comme le souligne Philip MILBURN, le système juridiques relatifs aux mineurs délinquants « *ne se cantonne pas à une série de décision prise par le magistrat* »<sup>414</sup>.

L'exemple le plus frappant de cette idée tient notamment à la création des Conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance par la loi du 05 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Le Procureur de la République y est associé avec les maires et certains acteurs locaux afin de prévoir ensemble des mesures permettant de lutter contre la délinquance, spécialement des mineurs. Les décisions qui y sont prises relèvent le plus souvent de mesures de préventions situationnelles. Celles-ci s'inscrivent dans le cadre plus large des programmes de politique de la ville<sup>415</sup>.

### B) Des évolutions nécessaires

Il est étonnant de constater que les écrits doctrinaux de la fin de siècle passé sont unanimes sur la nécessité de réformer le droit pénal des mineurs<sup>416</sup>. Ainsi, en 2000 le Professeur RENUCCI relève qu'« *au moment même où nous nous apprêtons à entrer dans un nouveau millénaire, l'heure paraît particulièrement bien choisie pour oser une réforme de cette ampleur en se tournant résolument vers l'avenir* »<sup>417</sup>.

Le rapport VARINARD avait relancé cette idée d'une grande refonte du droit pénal des mineurs délinquants, mais il n'a pas été suivi d'effet. Il est difficile de dire si cela tient moins au fait que l'opinion est tournée vers d'autre problématique ou s'il paraît difficile d'abroger un totem tel que l'ordonnance du 02 février 1945. Ceci étant dit, il est également possible de dire qu'une telle réforme ne viserait qu'à réaffirmer ce qui a déjà été dit. L'apport d'une réforme sur la protection des mineurs délinquants n'est

---

<sup>412</sup> J. PRADEL, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *Dalloz*, 2007, p. 2247

<sup>413</sup> C. SULTAN, « La réforme de l'ordonnance de 1945 a-t-elle eu lieu ? », *AJ pénal*, 2007, p. 215 : « *Au frontispice de chacun de ces textes législatifs, figurent les affirmations, ni vérifiées, ni analysées à la lumière d'un examen statistique, sociologique ou historique sérieux, du rajeunissement des délinquants, de leur plus grande violence et de leur sentiment d'impunité* »

<sup>414</sup> P. MILBURN, op. cit. n°381, p. 27

<sup>415</sup> V. GAUTRON, « La fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *AJ Pénal*, 2007, p. 205

<sup>416</sup> Voir J. PRADEL, « Conclusions générales », in, J.Y Chevallier (dir.) *Enfance et délinquance*, Economica, Paris, 1993, p. 113

<sup>417</sup> RSC 2000 p.79 Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir Jean-François Renucci



pas évident, cela d'autant plus que le droit français en la matière est conforme aux exigences internationales. Le droit pénal des mineurs est une œuvre d'adaptation, si quelqu'un cherchait donc à le modifier, il n'est pas certain que l'enfant y trouverait son compte ni dans son intérêt propre, ni sous l'optique de son intérêt supérieur.

# Bibliographie

## Ouvrages et manuels :

**ANCEL Marc**, *La défense sociale nouvelle*, Paris, Edition Cujas, 1954

**BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline**, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2014, 2<sup>ème</sup> édition

**BONNEVILLE DE MARSANGY Arnould**, *De la Récidive, ou des Moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale*, Tome premier, Cotillon, 1844

**CARBASSE Jean-Marie**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2006

**CARBONNIER Jean**, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, Tome 2, PUF, 21<sup>ème</sup> édition, 2002

**CARRITHERS David W.**, *Montesquieu's Philosophy of Punishment, History of Political Thought*, 1998

**CHAZAL Jean**, *L'enfance délinquante*, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1967

**CORNU Gérard**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9<sup>ème</sup> édition mise à jour Quadrige, 2011

**Colloque *Enfance et délinquance***, dir. Jean-Yves CHEVALLIER, XI<sup>es</sup> journées de l'association française de droit pénal, Économica, Paris, 1993

*Dictionnaire des noms propres et des noms communs, le Larousse de poche*, Larousse-Bordas, 1998

**DURKHEIM Émile**, *Les règles de la méthode sociologique*, Revue philosophique, 1895

**DEBOVE Frédéric, FALLETTI François et JANVILLE Thomas**, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, p. 119

**GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuelle**, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> édition, 2009

**HUBERT-DIAS Gwendoline**, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale*, Epure, 2017

**LEPAGE Agathe et MATSOPOULOU Hartini**, *Droit pénal spécial*, P.U.F, coll. Thémis, 1<sup>ère</sup> édition, 2015

**LÉVY Jean-Philippe et CASTALDO André**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis, 1<sup>ère</sup> édition, 2002

**MILBURN Philip**, *Quelle justice pour les mineurs ?*, Erès, 2009, p. 42

**NIETZSCHE Friedrich**, *La volonté puissance*, Tome 1, Gallimard, 1995, p.89

**PRADEL Jean et VARINARD André**, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition

**PRADEL Jean**, *Droit pénal général*, 13<sup>ème</sup> édition, 2000, Cujas

**PRADEL Jean**, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, 4<sup>ème</sup> édition, 2016

**RALLU Jean-Louis, BOURGUIGNON Odile et THERY Irène**, *Du divorce et des enfants*, INED, 1985

**RENUCCI Jean-François**, *Le droit pénal des mineurs*, PUF, coll. Que sais-je ?, 3<sup>ème</sup> édition, 1998

**RICHET Pierre**, *Être enfant au Moyen-âge*, Fabert, 2010

**SUDRE Frédéric, MARGUÉNAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GONZALEZ Gérard, GOUTTENOIRE Adeline, MILANO Laure et SURREL Hélène**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7<sup>ème</sup> édition, 2015

#### **Articles tirés d'une revue :**

##### **A :**

**ABRAHAM Ronny**, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, Commissaire du gouvernement, « *L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale sur les droits de l'enfant* », RFDA, 1998, p.562, conclusions sur Conseil d'Etat, 22 septembre 1997, Mlle Cinar

**AUTESSERRE Maryvonne**, « A quoi sert le casier judiciaire des mineurs ? », RSC, 2003, p. 309

##### **B :**

**BONFILS Philippe**, « Les dispositions relatives aux mineurs de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », JCP G, Etude n° 24, 9 Juin 2004, doct. 140

**BONFILS Philippe**, « Les juridictions répressives pour mineurs », *Droit de la famille*, 2006, études n°35

**BONFILS Philippe**, « La réforme de l'ordonnance de 1945 par la loi prévention de la délinquance », AJ Pénal, 2007

**BONFILS Philippe**, « Les dispositions relatives au droit pénal des mineurs délinquants dans la loi prévention de la délinquance », *Dalloz*, 2007, p. 1027

**BONFILS Philippe**, « Chronique législative », RSC, 2007, p. 337

**BONFILS Philippe**, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC*, 2010, p. 462

**BONFILS Philippe**, « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *Dalloz*, 2011, p. 2286

**BONFILS Philippe**, « L'évolution de la protection pénale des mineurs victimes », *AJ Pénal*, 2014

**BONFILS Philippe**, « Mineur victime », *Lexis Nexis*, Essentiel, actualisation : 21 Avril 2018, n°4, p. 9

**BOUCHET Marthe**, « Âgé de cinq ans et déjà verbalisé pour stationnement irrégulier ! », *Dalloz*, 2018, p. 399

**BOULOC Bernard**, « Réforme de la procédure pénale (loi du 4 janvier 1993) (suite et fin) », *RSC*, 1995, p. 126

**BOULOC Bernard**, « Chronique législative : étude de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC*, 2005, p. 107

**BOYADJIAN So-Ah**, « Plaidoyer pour une aide efficace aux victimes », *Gazette du Palais*, 02 juillet 2009, p. 3

**BRUGGEMAN Maryline**, « Minorité - Administrateur ad hoc du mineur : reddition sans condition de la Cour de cassation ! », *Droit fam.*, n° 6, Juin 2006, étude 28

**BÜCK Valentine**, « Justice des mineurs. Décision du conseil constitutionnel », *RSC*, 2003, p. 606

**BÜCK Valentine**, « Contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *RSC*, 2005, p. 122

C :

**CASTAIGNÈDE Jocelyne**, « La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 : un nouveau regard porté sur le droit pénal des mineurs », *Dalloz*, 2003, p. 779

**CHAPLEAU Béatrice**, « L'audition libre des mineurs à l'aune de la loi du 27 mai 2014 », *Dalloz*, 2014, p. 1506

**COMMARET Dominique Noëlle**, « Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législative d'ensemble », *RSC*, 2004, p. 897

**CONNIL Damien**, « L'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel lors d'une question prioritaire de constitutionnalité : observations dubitatives sur l'état de la jurisprudence », *RFDA*, 2011, p. 742

D :

**DARSONVILLE Audrey**, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal*, 2016, p. 306

**DE BECHILLON Denys**, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », Dossier : Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, juillet 2008

**DE LAMY Bertrand**, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », *RSC*, 2008, p. 133

**DE MONTGOLFIER Jean-François**, « Le conseil constitutionnel et la justice pénale des mineurs », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2011, n° 33, pages 195 à 207

**DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise**, « La convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne », *Dalloz*, 1994, p. 34

**DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise**, « Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.*, 1995, p. 249, spéc. p. 265

**DESNOYER Christine**, « En application de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, l'autorité administrative ne peut prendre de décision relative à un enfant sans accorder une attention primordiale à son intérêt supérieur : annulation d'une décision refusant le regroupement familial et renvoyant l'enfant dans son pays d'origine », *Dalloz*, 1998, p. 297

**DOMINGO Laurent et NICOT Séverine**, « Loi d'orientation et de programmation pour la justice », *Dalloz*, 2003, p. 1127, à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 29 août 2002

**DREYER Emmanuel**, « Pourquoi motiver les peines ? », *Dalloz*, 2018, p. 576

F :

**FALLON Damien**, « Le juge et l'abrogation de la loi », *RFDA*, 2017, p. 865

**FERNANDES Camille**, « Le contrôle de constitutionnalité a priori exercé sur les lois ordinaires depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDA*, 2018, p. 387

**FINES Francette**, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » dans la jurisprudence constitutionnelle », *RFDA*, 1994, p. 594

**FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle**, « Procédure applicable aux infractions de nature sexuelle – Protection des mineurs victimes », *JurisClasseur Procédure pénale - Art. 706-47 à 706-53*, n°179, actualisation : 21 Août 2017

**FOSSIER Thierry**, n°4, « Droit de la famille - Chronique par Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI », *JCP G*, n° 52, 28 Décembre 2005, doct. 199

G.:

**GALLARDO Eudoxie**, « Les incohérences du droit pénal des mineurs contemporain », *RSC*, 2017, p. 713

**GASSIN Raymond**, « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », *RSC*, 1996, p. 155

**GAUTRON Virginie**, « La fin de la singularité du modèle français de prévention de la délinquance », *AJ Pénal*, 2007, p. 205

**GERMAIN Delors**, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC*, 2010, p. 599

**GERVIER Pauline**, Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2014, « La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 45, octobre 2014

**GIACOPELLI Muriel**, « Les procédures alternatives aux poursuites », *RSC*, 2012, p. 505

**GOUTTENOIRE Adeline**, « Conventions internationales - Applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », *JCP G*, n° 14, 1<sup>er</sup> Avril 1998, II 10052

**GOUTTENOIRE Adeline**, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ Famille*, 2003, p. 368

**GOUTTENOIRE Adeline**, « La loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance - À la recherche de nouveaux équilibres », *Dalloz*, 2007, p. 1090

**GOUTTENOIRE Adeline**, « Pour une formulation des principes fondamentaux de la justice pénale des mineurs », *AJ Pénal*, 2009, p. 13

**GOUTTENOIRE Adeline**, « Enfance », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2016

**GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline**, « Mineurs - Le droit des mineurs à une juridiction spécialisée », *Droit de la famille*, n° 3, comm. 46, mars 2000

**GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline**, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ famille*, 2002, p. 244

**GRANET-LAMRECHTS Frédérique**, « Protection des enfants : deux nouvelles lois », *Dalloz*, 2000, p. 343

**GRILLE Nadège**, « La perspective des établissements spécialisés pour mineurs, le pari d'une prison éducative ? », *AJ pénal*, 2005, p. 62

**GRILLE Nadège**, « Le droit pénitentiaire des mineurs à l'épreuve des nouveaux EPM : Pratiques professionnelles et usages du droit en prison », *AJ pénal*, 2010, p. 23

H :

**HAUSER Jean**, « Rôle de l'enfant mineur dans les procédures », *RTD Civ.*, 1993, p. 341

**HAUSER Jean**, « La Convention internationale des droits de l'enfant entre au Conseil d'Etat », *RTD Civ.*, 1998 p. 76

J :

**JAQUINOT Nathalie** et **VAILLANT Romain**, « Droit constitutionnel », Dalloz, 2017, p. 1328

**JENNEQUIN Anne**, « Le contrôle de compatibilité avec la constitution en matière de droit pénal », *AJDA*, 2008, p. 594

L :

**Extrait de la Lettre de Mélampous**, revue de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille (AFMJF), septembre 2001

**LAMBERT Olivier**, « L'audition hors garde à vue des mineurs mis en cause », *JCP G*, 2013, p. 821

**LAZERGES Christine**, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC*, 2011, p. 728

**LAZERGES Christine**, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC*, 2008, p. 200

**LAZERGES Christine**, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, pages 5 à 23

**LAZERGES Christine**, « De l'irresponsabilité à la responsabilité pénale des mineurs délinquants ou relecture des articles 1 et 2 de l'Ordonnance du 2 février 1945 », *RSC*, 1995, p. 149

**LEPAGE Agathe**, « Agressions sexuelles - Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Droit pénal*, n° 5, Mai 2016, étude 11

**LEPAGE Agathe**, « Infractions contre les personnes - Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G*, n° 12, 22 Mars 2010, doct. 335

**LEROYER Anne-Marie**, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.*, 2010, p. 381

**LETURMY Laurence**, « L'effritement des principes directeurs énoncés par l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945 », *Archives de politique criminelle*, Editions A. Pédone, 2008, n° 30, p. 63 à 77

M :

**MASSIP Jacques**, « La Convention relative aux droits de l'enfant, qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'est pas directement applicable en droit interne », *Recueil Dalloz*, 1993 p. 361

**MAYAUD Yves**, « Le délaissement de mineur ou d'une personne hors d'état de se protéger, un acte positif pour un abandon définitif », *RSC*, 2000, p. 610

**MUCCHIELLI Laurent**, « Les mineurs incarcérés à Marseille : pas plus violents, mais plus fragiles socialement ? », *RSC*, 2016, p. 157

N :

**NEIRINCK Claire et MARTIN Pierre-Marie**, « Un traité bien maltraité - A propos de l'arrêt Le Jeune (Cass. civ. 1, 10 mars 1993) », *JCP G*, 1993, n°20, p. 3677

**NEIRINCK Claire**, « De Charybde en Scylla : l'administrateur ad hoc du mineur », *JCP G*, n° 12, 20 Mars 1991, doctr. 3496

O :

**OTTENHOF Reynald**, « Aspects actuels de la minorité pénale », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, p. 37 à 44

P :

**PÉCHILLON Éric**, « Encadrement du pouvoir normatif du garde des Sceaux en matière d'isolement », *AJ Pénal*, 2008, p. 500

**PERRIER Jean-Baptiste**, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par la Cour de cassation », *RFDA*, 2011, p. 711

**PERRIER Jean-Baptiste**, « Le retour de l'inceste dans le code pénal (Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance) », *RSC*, 2016, p. 381

**PERRIER Jean-Baptiste**, « Médiation pénale », *Rep. pénal et procédure pénale*, 2013, n°7, p. 4

**PONSEILLE Anne**, « De l'évolution de l'atténuation légale de la peine applicable aux mineurs », *Archives de politique criminelle*, éd. A. Pédone, 2008, n° 30, p. 45 à 62



**PORTERON Cédric**, « Infraction », *Rép. droit pénal et procédure pénale*, mars 2013

**PRADEL Jean**, « Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes », *Dalloz*, 2007, p. 2247

**PRADEL Jean**, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *Dalloz*, 2004, p. 2456

**PRADEL Jean**, « La composition de la juridiction compétente en matière d'enfance délinquante : dérogation à la règle de procédure interne selon laquelle un même magistrat ne peut exercer successivement dans une même affaire les fonctions d'instruction et de jugement », *Dalloz*, 1993, p. 553, note sous l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 07 avril 1993 (n° 92-84.725)

**PRADEL Jean**, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC*, 1990, p. 692

R :

**REMY-CORLAY Pauline**, « Application directe de la convention de New York relative aux droits de l'enfant » *RTD Civ.*, 2005, p.750

**RENOUX Thierry**, « Contrôle de constitutionnalité de la loi du 1er février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale », *Dalloz*, 1995, p. 340

**RENUCCI Jean-François**, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC*, 2000, p. 79

**ROBERT Jacques-Henri**, « Le plancher et le thérapeute. Commentaire de la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », *Droit pénal*, Octobre 2007

**ROUSSEAU Dominique**, « L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile », *RDP*, 2009, n° 3, p. 631

**RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline**, *Revue française des affaires sociales*, n°4, oct/décembre 1994, p. 163

S :

**SALAS Denis**, « Modèle tutélaire ou modèle légaliste dans la justice pénale des mineurs ? », *RSC*, 1993, p. 238

**SALECL Renata**, « Le réel du crime : une mère infanticide », *Savoirs et clinique*, 2003/1, n°2, p.41-51

**SICILIANOS Linos-Alexandre**, « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rep. droit européen*, janvier 2018

**SULTAN Catherine**, « La réforme de l'ordonnance de 1945 a-t-elle eu lieu ? », *AJ pénal*, 2007, p. 215

T:

**THOMAS-TAILLANDIER Delphine**, « Le nouveau fichier national des auteurs d'infractions terroristes », *AJ pénal*, 2015, p. 523

**TILLET Édouard**, « Histoire des doctrines pénales », *Rep. pénal et procédure pénale*, juin 2002

**TOURET DE COUCY François**, « Enfance délinquante », *Rep. droit pénal et procédure pénale*, actualisation janvier 2018

V:

**VALETTE-CAGNAC Emmanuelle**, « Etre enfant à Rome : Le dur apprentissage de la vie civique », *Terrain*, vol. 40, mars 2003, p. 49-64

**VERDIER Pierre**, « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », *JDJ-RAJS*, n°280, décembre 2008

**VITU André**, « La compétence exclusive de la Haute Cour à l'égard des ministres », *RSC*, 1992, p. 570, commentaire de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 octobre 1991 – n° 91-81.119

**VOLFF Jean**, « Elaborer et mener la politique pénale d'un parquet », *Dalloz*, 2009, p. 317

Y:

**YOUF Dominique**, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, n°11, Printemps 2011

**Articles tirés d'un ouvrage :**

**CARBONNIER Jean**, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in Les notions à contenu variables en droit*, dir. C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles, 1984, p. 99, spéc. p. 104

**COUV RAT Pierre**, « Les mesures de protection judiciaire », *in Enfance et délinquance*, dir. J.Y Chevallier, Économica, 1993, p. 147 et svt

**FAVOREU Louis**, « L'effectivité des décisions de justice », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Economica, 1987, p. 601

**LAZERGES Christine**, « Quel droit pénal des mineurs pour l'Europe de demain ? », in *Mélanges Levasseur*, Litec, 1992, p. 442

**OTTENHOF Reynald**, « La délinquance des mineurs, Aspects criminologiques », in *Enfance et délinquance*, dir. J.Y Chevallier, Economica, Paris, 1993, p. 113

**PRADEL Jean**, « Conclusions générales », in *Enfance et délinquance*, dir. J.Y Chevallier, Economica, Paris, 1993, p. 209

## **Jurisprudence :**

### Conseil constitutionnel :

#### **1. Décisions à priori rendues par le Conseil constitutionnel**

Conseil constitutionnel, 11 août 1993, n° 93-326 DC, Loi modifiant la loi du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale

Conseil constitutionnel, 20 janvier 1994, n° 93-334 DC, Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale

Conseil constitutionnel, 29 août 2002, n° 2002-460 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la justice

Conseil constitutionnel, 02 mars 2004, n° 2004-492 DC, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

Conseil constitutionnel, 03 mars 2007, n° 2007-553 DC, Loi relative à la prévention de la délinquance

Conseil constitutionnel, 09 août 2007, n° 2007-554 DC, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs

Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

Conseil constitutionnel, 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC, Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, considérant n°32 ; JORF n° 0265, 15 novembre 2016, texte n° 2

## **2. Décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel**

Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*

Conseil constitutionnel, 08 juillet 2011, n° 2011-147 QPC, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*

Conseil constitutionnel, 16 septembre 2011, n° 2011-163 QPC, *M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux]*

Conseil constitutionnel, n° 2016-567/568 QPC, du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]*

Conseil constitutionnel, n° 2016-601 QPC, du 09 décembre 2016, *M. Ibrahim B. [exécution provisoire des peines prononcées par le juge des enfants]*

Conseil constitutionnel, n° 2017-694 QPC, du 02 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]*

### Conseil d'État :

Conseil d'État, Sous-sections réunies, 22 septembre 1997, n° 161364, publié au recueil Lebon

Conseil d'État, Section du contentieux, 31 octobre 2008, n° 293785, Publié au recueil Lebon

### Cour de cassation :

#### **1. Assemblée plénière de la Cour de cassation**

Cour de cassation, Assemblée plénière, 29 Juin 2001, n° 99-85.973

Cour de cassation, Assemblée plénière, quatre arrêts du 15 avril 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.242, n° 10-30.313, n° 10-30.316

#### **2. Chambre criminelle de la Cour de cassation**

Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 décembre 1956, n° 55-05.772

Cour de cassation, Chambre criminelle, 06 janvier 1993, n° 92-81.840

Cour de cassation, Chambre criminelle, 07 avril 1993, n° 92-84.725

Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 novembre 1993, n° 93-80.466

Cour de cassation, Chambre criminelle, 30 novembre 1994, n° 94-84.396

Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 décembre 1995, n° 94-86.146

Cour de cassation, Chambre criminelle, 28 février 1996, n° 95-81.565

Cour de cassation, Chambre criminelle, 04 février 1998, n° 97-86.090

Cour de cassation, Chambre criminelle, 08 septembre 1999, n° 99-80.239

Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 décembre 2006, n° 06-81.379

Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 mai 2010 n° 09-82.582

Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 octobre 2010, n° 10-82902

Cour de cassation, Chambre criminelle, 1er février 2017, n° 15-84.511

Cour de cassation, Chambre criminelle, 08 juin 2017, n° 16-83.345

Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 décembre 2017, n° 17-84.017

Cour de cassation, Chambre criminelle, 21 mars 2018, n° 16-87.296

Cour de cassation, Chambre criminelle, 02 mai 2018, n° 17-85.410

### **3. Première chambre civile de la Cour de cassation**

Cour de cassation, Première chambre civile, 10 mars 1993, n° 91-11.310

Cour de cassation, Première chambre civile, 18 mai 2005, n° 02-20.613

Cour de cassation, Première chambre civile, 25 octobre 2005, n° 03-14.404

Cour de cassation, Première chambre civile, 09 avril 2013, n° 11-27.071

#### *Cour européenne des droits de l'homme :*

Cour européenne des droits de l'homme, 24 août 1993, n° 13924/88, *Nortier contre Pays-Bas*

Cour européenne des droits de l'homme, 16 décembre 1999, n° 24888/94, *T. et V. contre Royaume-Uni*

Cour européenne des droits de l'homme, 15 juin 2004 n° 60958/00, *S.C. contre Royaume-Uni*

Cour européenne des droits de l'homme, 08 Juillet 2004, n° 53924/00, *Vo contre France*

Cour européenne des droits de l'homme, Grande chambre, 27 novembre 2008, n° 36391/02, *Salduz contre Turquie*

Cour européenne des droits de l'homme, 14 octobre 2010, n° 1466/07, *Brusco contre France*

### **Textes à valeur normative :**

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; article 7, article 8 et article 9

#### Textes étrangers :

Code civil allemand, article 1626, 3)

Bill 16-2011. Family Law Act. Part 4. Division 1, n°37

Part 1, Section 2, Irish Guardianship of Infants, Act 1964. "Welfare: in relation to an infant, comprises the religious and moral, intellectual, physical and social welfare on the infant"

#### Conseil de l'Europe :

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, articles 5 et 6

#### Textes onusiens :

Convention internationale des droits de l'enfant, 20 novembre 1989

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966

Règles de Beijing du 29 novembre 1985

#### Directive UE :

Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales

#### Lois : 5

Loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée

Loi du 04 janvier 1993 n° 93-2 portant réforme de la procédure pénale ; JORF n° 0003, 04 janvier 1993, p. 215

Loi du 24 août 1993 n° 93-1013 modifiant la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ; JORF n° 0196, 25 août 1993, p. 11991

Loi du 17 juin 1998 n° 98-468 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ; JORF n° 0139, 18 juin 1998, p. 9255

Loi du 06 mars 2000 n° 2000-196 instituant un Défenseur des enfants ; JORF n° 56, 07 mars 2000, p. 3536, texte n°1

Loi du 06 mars 2000 n° 2000-197 visant à renforcer le rôle de l'école dans la prévention et la détection des faits de mauvais traitements à enfants ; JORF n°56, 07 mars 2000, p. 3537, texte n°2

Loi du 09 septembre 2002 n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice ; JORF du 10 septembre 2002, p. 14934, texte n° 1 – dite Loi Perben I

Loi du 02 janvier 2004 n° 2004-1 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance ; JORF n° 2, 03 janvier 2000, p. 184, texte n°1

Loi du 09 mars 2004 n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; JORF n° 59, 10 mars 2004, p. 4567, texte n°1 – dite loi Perben II

Loi du 04 avril 2006 n° 2006-399 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ; JORF n°81, 05 avril 2006, p. 5097, texte n°1

Loi du 05 mars 2007 n° 2007-291 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale : JORF n°55, 06 mars 2007, p. 4206, texte n° 5

Loi du 05 mars 2007 n° 2007-293 réformant la protection de l'enfance ; JORF n°55, 06 mars 2007, p. 4215, texte n° 7

Loi du 05 mars 2007 n° 2007-297 relative à la prévention de la délinquance ; JORF n°0056, 07 mars 2007, p. 4297, texte n° 1

Loi du 10 août 2007 n° 2007-1198 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs ; JORF n°185, 11 août 2007, p. 13466, texte n° 1

Loi du 14 avril 2011 n° 2011-392 relative à la garde à vue ; JORF n° 0089, 15 avril 2011, p. 6610, texte n° 1

Loi du 10 août 2011 n° 2011-939 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs ; JORF n° 0185, 11 août 2011, p. 13744, texte n°1

Loi du 26 décembre 2011 n° 2011-1940 visant à instaurer un service citoyen pour les mineurs délinquants ; JORF n° 0299, 27 décembre 2011, p. 22275, texte n° 1

Loi du 27 mai 2014 n° 2014-535 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; JO n° 0123, 28 mai 2014, p. 8864, texte n° 2

Loi du 03 juin 2016 n° 2016-731 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure ; JORF n° 0129, 04 juin 2016, texte n° 1

Loi du 18 novembre 2016 n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle ; JORF n° 0269, 19 novembre 2016, texte n° 1

Loi du 27 février 2017 n° 2017-242 portant réforme de la prescription en matière pénale ; JORF n°0050, 28 février 2017, texte n° 2

Ordonnances :

Ordonnance du 02 février 1945 n° 45-174 relative à l'enfance délinquante

Ordonnance du 23 décembre 1958 n° 58-1301 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger

Décrets :

Décret du 5 janvier 2004 n° 2004-31 pris pour l'application de l'article 15-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 et relatif à la sanction éducative de stage de formation civique ; JORF n° 8, 10 janvier 2004, p. 841, texte n° 14

Décret du 09 mai 2007 n° 2007-748 relatif à la détention des mineurs et modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) ; NOR: JUSG0751730D, JORF n°108 du 10 mai 2007 page 8292 texte n° 42

Décret du 11 mai 2007 n° 2007-814 relatif au régime disciplinaire des mineurs détenus et modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) ; NOR: JUSG0751737D, JORF n°110, 12 mai 2007, p. 8713, texte n° 50

Décret n° 2016-1455 du 28 octobre 2016 portant renforcement des garanties de la procédure pénale et relatif à l'application des peines en matière de terrorisme ; NOR: JUSD1628593D, JORF n°0254, 30 octobre 2016, texte n° 11

Circulaires :

Circulaire CRIM n° 2002-15 E8 du 7 novembre 2002 relative à la présentation des dispositions portant réforme du droit pénal des mineurs et de certaines dispositions de droit pénal spécial résultant de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice ; JUSD0230177C, BO Ministère de la Justice, n° 88, 31 décembre 2002

Circulaire CRIM n° 2002-17 du 13 décembre 2002 relative à la politique pénale en matière de délinquance des mineurs ; NOR : JUSD0230200C - BO Ministère de la Justice, n° 88, 31 décembre 2002



Circulaires de la DACG, Signalisation des circulaires du 1er juillet au 30 septembre 2005, 1er juillet 2005, Circulaire relative à la mise en place du fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS) ; BO Ministère de la Justice n° 99

Circulaire de la DAP du 08 juin 2007 n° 2007-G4 relative au régime de détention des mineurs ; NOR : JUSK0740097C

Circulaire de la DACG du 9 février 2010 n° CRIM-10-3/E8 relative à la présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi du n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux ; NOR : JUSD1003942C

Circulaire du 24 mai 2013 relative au régime de détention des mineurs ; NOR : JUSK1340024C

Circulaire du 28 février 2017 présentant les dispositions de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale ; NOR : JUSD1706599C - BO Ministère de la Justice, n° 2017-03, 31 mars 2017

### **Rapports :**

**Assemblée Nationale**, *La France face à ses prisons*, rapport d'enquête n° 2521, Paris, 28 juin 2000

**BOCKEL Jean-Marie**, *La prévention de la délinquance des jeunes*, novembre 2010

**ESTROSI Christian**, *Faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique ?*, rapport de mission parlementaire, Paris, 25 juillet 2005

**RUETSCH Jean-Yves**, *Prévenir la délinquance des jeunes : un enjeu pour demain*, 18 février 2010

**Sénat**, *Prisons : une humiliation pour la République*, rapport d'enquête n° 449, Paris, 29 juin 2000

**Sénat**, *La République en quête de respect*, Commission d'enquête sur la délinquance des mineurs, rapport d'enquête n° 340, 27 juin 2002

**VARINARD André**, *Entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs*, rapport de mission, 03 décembre 2008

**ZERMATTEN Jean**, *L'intérêt supérieur de l'enfant, de l'analyse littérale à la portée philosophique*, Working report 3/2003, Institut international des droits de l'enfant

### **Mémoires et thèses :**

**DJINDIAN Alexandre**, *L'infanticide*, Mémoire de D.E.S.S., Université d'Aix-Marseille, 2001

**DUCHESNE Juliette**, *L'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la kafala*, Mémoire, Université catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminologie, 2015

**GLANDIER-LESCURE Nathalie**, *L'inceste en droit français contemporain*, Thèse préfacée par C. NEIRINCK, PUAM, 2006, 465 pages

**GODIN Stéphanie**, *Le couple et le droit pénal*, Mémoire, Université Paris Panthéon-Assas (Paris II)

**MALACKET Andréanne**, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, Mémoire, Université de Montréal, 2010

**MONTOIR Carmen**, *Les principes supérieurs du droit pénal des mineurs délinquants*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Thèse, École doctorale de Droit privé, 2014

**MOVSISSIAN Mariam**, relatif à *L'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Rapport de recherches, Certificat d'Études Juridiques Internationales, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2015

**TABERT Nicolas**, *L'influence du positivisme juridique sur la matière pénale moderne*, thèse, PUAM, 2007, n°365 et svt., p. 205

**Sites :**

<http://www.assemblee-nationale.fr/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://www.senat.fr/>

# Table des matières

Remerciements	4
Liste des principales abréviations utilisées	5
Sommaire	7
Introduction	1
Section 1 : L'introduction de l'intérêt supérieur de l'enfant comme fruit d'une longue évolution	2
A) L'infans du droit romain et son évolution sous l'influence du catholicisme	2
B) L'émergence moderne de l'enfant	3
Section 2 : Une prise en compte croissante de la notion en droit interne	4
A) Des dispositions contraignantes	5
C) Les applications jurisprudentielles	5
Partie 1 : Les pouvoirs d'adaptation des procédures pénales relatives aux mineurs	14
Chapitre 1 : La chaîne pénale applicable aux mineurs délinquants exclusive de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant	15
Section 1 : L'organisation du procès du mineur délinquant	15
I. Un privilège de juridiction protecteur	16
A) Le principe de spécialisation des juridictions répressives pour mineurs	16
1- Une vision originelle du juge des enfants omnipotent	17
2- La modernisation de la fonction grâce à la notion d'impartialité	18
B) La spécialisation du parquet par l'application spécifique de dispositions générales	19
1- Une mission de continuité de l'action pénale	19
2- Une application réfléchie des procédures accélérées	20
II. La mise en œuvre du droit à un procès équitable	21
A) L'importance du droit à l'assistance d'un avocat	22
1- L'intervention désormais obligatoire de l'avocat pendant la garde à vue du mineur	22
2- Une audition libre très libre	24
B) L'aménagement de la publicité	25
1- Un « effet traumatisant » violant le droit à un procès équitable	26

2-	Le principe de publicité face à des mineurs devenant majeurs -----	26
Section 2 :	Une palette de réponses pénales exceptionnellement adaptée -----	28
I.	Des réponses pénales sans peine -----	29
A)	La progressivité des dispositifs -----	29
1-	Une nature souple -----	29
2-	Des dispositifs variés et articulés -----	30
B)	Une réalisation bénéfique à la personnalité du mineur délinquant -----	31
1-	Les mesures d'accompagnement -----	31
2-	Les mesures d'encadrement -----	32
II.	L'adaptation des modalités de décision et d'exécutions des peines répressives applicables aux mineurs -----	33
A)	Une conception de la peine en entonnoir imposée aux magistrats -----	33
1-	L'interdiction d'un certain nombre de peines -----	34
2-	L'obligation de motivation renforcée -----	34
B)	Une réalité carcérale adoucie -----	35
1-	Le choix d'établissements pénitentiaires séparés -----	36
2-	La mise en œuvre d'un accompagnement renforcé pendant l'incarcération -----	36
Chapitre 2 :	Les adaptations du droit pénal aux mineurs victimes sans références à l'intérêt supérieur de l'enfant -----	39
Section 1 :	Les adaptations substantielles aux mineurs victimes -----	40
I.	La place de la minorité dans la constitution de l'infraction -----	41
A)	Les infractions ne pouvant être commises qu'à l'encontre des mineurs -----	41
1-	La protection de la famille autour du mineur -----	41
2-	La protection de la personne du mineur -----	42
B)	La naissance et la majorité comme bornes strictes de protection -----	43
1-	Le refus de reconnaissance de l'homicide du fœtus -----	43
2-	La question de l'inceste dans le code pénal -----	44
II.	La minorité comme circonstance aggravante des délits non spécifiques -----	46
A)	Les circonstances tenant à l'âge de la victime -----	46
1-	Les différents mineurs -----	46

2-	Le complément apporté par la vulnérabilité-----	47
B)	Les circonstances aggravantes circonstanciées -----	48
1-	Le lien de parenté ou d'autorité -----	48
2-	L'aide d'un mineur apportée à un majeur pour commettre une infraction -----	49
I.	Aménagements des obstacles à la mise en mouvement de l'action publique -----	51
A)	Une amélioration parcellaire des canaux de signalement -----	51
1-	Un régime de signalement différencié -----	51
2-	Le développement de la communication relative aux infractions commises contre des mineurs -----	53
B)	La prescription dissociée du temps de la minorité -----	54
1-	Le report du point de départ de la prescription -----	54
2-	Les divers allongements du délai de prescription -----	55
II.	Recueil et prise en compte de la parole du mineur -----	56
A)	Une adaptation nécessaire et méconnue de la représentation des mineurs -----	56
1-	L'intervention des parents du mineur victime dans la procédure -----	56
2-	L'administrateur <i>ad hoc</i> pour garantir les intérêts du mineur -----	57
B)	Le recueil de la parole de l'enfant par des techniques améliorées -----	59
1-	Les modalités d'enregistrement audiovisuel dans l'optique de préserver le mineur -----	59
2-	Les aménagements bénéfiques des techniques d'interrogatoire -----	60
Partie 2 : Des principes protecteurs du droit pénal des mineurs en particulier et en général-----		63
Chapitre 1 : L'émergence progressive du principe autonome de la justice pénale des mineurs-----		64
Section 1 : Le droit pénal des majeurs tenu en retrait-----		65
I.	L'atténuation de la responsabilité pénale comme cadre de la pénologie des mineurs -----	66
A)	Une limite à la pénalisation pour le législateur -----	66
1-	Diminution légale de peine -----	67
2-	La rigidification du droit des mineurs du fait des peines planchers -----	68
A)	L'éternelle question du seuil de responsabilité pénale des mineurs délinquants -----	69
1-	Abaissement du seuil de responsabilité pénale -----	69
2-	Aptitude à la sanction-----	70

II.	Le contrôle de proportionnalité orienté vers la recherche du relèvement éducatif du mineur	71
A)	La connaissance de la personnalité et de l'environnement du mineur comme garantie apportée -----	71
1-	Le caractère essentiel de la connaissance du mineur délinquant -----	72
2-	La question de la connaissance du mineur en l'absence d'instruction -----	73
B)	Les dispositions sévères mieux contrôlées par le Conseil constitutionnel -----	74
1-	Des mesures coercitives bénéficiant d'une bienveillance certaine -----	74
2-	Exigence de souplesse en matière d'exécution provisoire des peines fermes -----	75
Section 2 : Une articulation nécessaire avec les autres exigences de valeur constitutionnelle ----		77
I.	Une conciliation avec les exigences protection de l'ordre public -----	77
A)	La prise en compte de la nécessité de préserver l'ordre public face aux principes protecteurs du droit des mineurs -----	78
1-	Une conciliation nécessaire mais modérée -----	78
2-	Le recours ignoré à l'ordre public -----	79
B)	La mise à l'écart de l'ordre public en matière de criminalité organisée -----	80
1-	Une garde à vue protectrice à elle seule -----	81
2-	Un fondement bien flou mais quelques garde-fous pratiques -----	81
II.	Une conciliation paradoxale avec la recherche des auteurs d'infractions -----	83
A)	Les adaptations « spéciales jeunes » -----	83
1-	Le report de l'information des parents -----	83
2-	Une information bien fragile en cas de contrôle d'identité d'un mineur -----	84
B)	Une certaine « culture du fichage » -----	85
1-	La mise en place du casier des mineurs -----	85
2-	Des mineurs dans les fichiers spéciaux -----	87
Chapitre 2 : L'apporteur protecteur du droit commun -----		89
Section 1 : Des principes généraux mais protecteurs -----		90
I.	Une protection procédurale très concrète -----	90
A)	Des garanties fortes -----	90
1-	La nécessité -----	91

2-	L'individualisation des peines-----	92
B)	Le rempart de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles -----	93
1-	Le caractère insuffisant du recours à l'autorité judiciaire -----	93
2-	Une certaine reconnaissance malgré tout accordée aux juges -----	94
II.	Les insuffisances de cette protection -----	94
A)	Une formulation aléatoire -----	95
1-	Les « droits de l'enfant » -----	95
2-	Le contrôle superficiel par les « considérants-balai » -----	96
B)	L'objectif de recherche de sécurité juridique -----	97
1-	L'évolution de l'étendue du contrôle-----	97
2-	Des choix à faire parmi les techniques d'abrogation -----	98
Section 2 : La responsabilité comme notion intéressante mais discutable-----		99
I.	Les hésitations conceptuelles et légales-----	100
A)	La dichotomie éducativité-responsabilité-----	100
1-	Une différence de point de vue révélatrice -----	100
2-	Une opposition inutile -----	101
B)	Vers une société de responsabilisation des individus -----	102
1-	Le mineur sujet de droit -----	102
1-	Un objectif de comportement adulte et citoyen grâce aux choix du mineur pendant la procédure -----	103
II.	Des améliorations souhaitables au concept de responsabilité pénale des mineurs -----	104
A)	L'apport de la détermination d'un seuil-----	105
1-	L'importance de la détermination du seuil -----	105
2-	La mise à l'écart concomitante de la notion de discernement -----	106
B)	Les difficultés demeurantes autour de la notion de responsabilité pénale des mineurs 107	
1-	Un élément constitutif de l'infraction manipulable pour de la politique criminelle	107
2	Une différenciation nécessaire entre seuil de responsabilité et seuil de réponse pénale 107	
Conclusion -----		109

I.	Un droit remarquablement bien adapté -----	109
A)	Une conception du mineur très moderne -----	110
B)	Une articulation optimum des principes fondamentaux -----	111
II.	Un droit évolutif et ancré dans la pratique-----	112
A)	L'incorporation d'une pluralité d'acteurs-----	112
B)	Des évolutions nécessaires -----	112
	Bibliographie -----	114
	Table des matières -----	131