



Où vont le droit pénal des enfants et la justice des familles ?

par Jean-Pierre Rosenczveig *

«La justice civile est jugée inefficace pour réellement protéger les enfants (*les diatribes de Maurice Berger*) et pour garantir les droits des parents sinon des enfants». «La justice pénale ne protège pas la société par laxisme et indifférence, elle ne protège même pas les victimes». *Et cela est dit sur un fond de désengagement de l'État et de crise des budgets publics.*

La loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance évite certes le pire (la proposition de loi Martinez n° 2014 du 21 décembre 2004). Elle contient des avancées, mais elle a été votée par la même majorité qui soutenait le même jour la loi «Prévention de la délinquance» qui visait notamment à singulièrement renforcer les dispositions répressives du droit pénal des mineurs.

À la limite l'idée de déjudiciariser la protection de l'enfance portée par la loi «Protection de l'enfance» colle avec le projet de concentrer la PJJ sur le «pénal» et, au final, de recentrer les juges des enfants sur la délinquance juvénile.

D'un autre côté la justice est accusée d'indifférence à l'égard des victimes et de laxisme en faveur des jeunes délinquants. La justice pénale serait donc gravement défailante et incapable de juguler la délinquance des plus jeunes.

1. La loi (l'ordonnance du 2 février 1945) et les juges deviennent des cibles faciles : le pompier est tenu responsable du feu; on en oublierait les pyromanes.

Le droit pénal des mineurs est attaqué frontalement depuis 15 ans. L'ordonnance du 2 février 1945 sur la jeunesse délinquante est la cible favorite de certains politiques et de certains médias.

Les projets de réformes succèdent aux réformes. 43 dit-on depuis 1945 et en tout cas 5 dans la dernière législature.

Campagne électorale après campagne on parle régulièrement d'**abroger** l'ordonnance du 2 février 1945 pour finalement, quand les lampions s'éteignent, la **réformer**. En 2008, on passe la vitesse supérieure en affichant le souci de **refonder** à travers la mission donnée au recteur André Varinard.

Pour autant on relève quelques instants de lucidité et de raisonnement cartésien.

Ainsi avec la commission sénatoriale de 2002 qui lucidement expliqua qu'il ne convenait pas de changer la loi, mais de réunir les moyens pour appliquer la loi. Mais le politique l'emporte rapidement sur cette lucidité issue de l'observation du terrain. Quelques mois plus tard la première réforme majeure était votée à travers Perben I par la nouvelle majorité proche cependant des rédacteurs du rapport sénatorial. Et quatre réformes plus tard, toutes plus brouillonnes les unes que les autres, on critique encore la loi et on dit que la loi est désormais confuse.

2. Des critiques injustes sont régulièrement développées

a) L'ordonnance de 1945 serait un texte obsolète au prétexte que son adop-

tion date de 1945 oubliant qu'il a été mis à jour une quarantaine de fois. Comme si on venait plaider que le code civil Napoléon de 1804 qui nous régit depuis plus de deux siècles est obsolète du fait de la date de sa première édition. Pour autant un toilettage est nécessaire pour moderniser certaines expressions d'une autre époque comme admonestation.

b) L'ordonnance de 1945 serait un texte obscur et complexe : de fait, le texte initial singulièrement enrichi peut paraître obscur mais à qui la faute ? À ceux qui, d'une année sur l'autre, créent des stages citoyens par-ci et des stages de citoyenneté par-là ? À ceux qui en 2002 ajoutent les sanctions éducatives aux mesures éducatives et aux peines pour proposer de les abroger en 2008 ?

* Magistrat président de DEI-France. Intervention lors de l'Assemblée générale de DEI-France le 31 janvier 2009 à Bobigny. DEI-France a rédigé un commentaire préconisation par préconisation des propositions de la commission Varinard que l'on peut consulter sur <http://www.dei-france.org/>.

En vérité, le rapport Varinard est porteur d'une vraie révolution

c) **L'ordonnance de 1945 serait un texte inadapté** à la délinquance moderne : on se demande alors ce qu'ont fait les législateurs qui notamment entre 2002 et 2007 qui ont réécrit cinq fois le texte. La délinquance aurait-elle changé en si peu de temps ? Où les parlementaires seraient-ils si mauvais ?

3. La commande passée à la Commission Varinard visait notamment à :

- une justice plus sûre;
- une justice plus rapide;
- une justice plus ferme;
- une justice graduée.

4. Un cadre contraint

Les limites institutionnelles de l'exercice sont connues :

- les principes constitutionnels posés en août 2002 notamment une justice dédiée aux enfants, et une responsabilité atténuée ⁽¹⁾;
- l'ordre juridique international, notamment la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et ses articles 37 et 40.

La ministre et le président de la Commission auraient volontiers suivi la recommandation présidentielle d'abaisser l'âge de la majorité pénale mais il fallait éviter la censure constitutionnelle et la critique politique.

On ne touchera pas au statut des 16-18 ans déjà bien entamé en 2007 par les deux réformes successives, mais on fera juger ces jeunes par un tribunal correctionnel pour mineurs avec un seul juge spécialisé : un seul juge des mineurs serait obligatoire pour tenter de satisfaire le Conseil constitutionnel. Selon certains, rien n'interdirait qu'il y ait deux sachant qu'il sera difficile à tout moment et dans tous les tribunaux de distraire deux juges pour ces affaires quand on manque de juges. Le «risque» est limité de voir les présidents de TGI le faire.

Et puis, on l'a dit, les réformes de 2007 permettent déjà au juge de retirer plus facilement le bénéfice de l'excuse atténuante de minorité et quand la loi la retire automatiquement il faut que le juge

prenne le risque de la rétablir... sous le contrôle du parquet et de la cour d'appel. L'objectif recherché - juger un maximum des 16-18 ans comme des majeurs - sera atteint par le textes de 2007 ⁽²⁾ confortés en 2009.

5. La copie rendue par la commission Varinard en décembre 2008 est habile au point de susciter l'adhésion de ceux qui craignaient le pire

Ceux qui craignaient une disparition du droit pénal des mineurs sont rassurés. Ainsi on n'abaisse pas la majorité pénale à 16 ans.

Le rapport est apparemment équilibré :

- il n'hésite pas à prendre ses distances par rapport à la ministre, sinon du président de la République farouchement partisan d'en finir avec la dualité du juge des enfants au pénal et au civil issu de 1945;
- il ne refuse pas de reprendre des propositions de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille AFMJ (la césure du procès pénal avec un temps sur la culpabilité et la réponse aux victimes puis un temps pour le prononcé de la décision) ou tirées des pratiques (le dossier unique de personnalité);
- il est agréablement surprenant, au regard de l'incarcération des enfants (avancée à 12 ans en matière criminelle, mais repoussée à 14 ans, pour 13 aujourd'hui, en matière délictuelle c'est-à-dire pour le plus courant), quand on avance que le rajeunissement de la délinquance passe à travers les mailles de l'ordonnance de 1945;
- et il réaffirme, quitte même à les développer, tous les principes fondateurs du droit pénal des enfants issus notamment de l'ordonnance de 1945... à un près : l'instruction des

affaires n'est plus rendue obligatoire; le parquet peut saisir un juge pour obtenir une condamnation.

La commission Varinard la joue en sous-entendu et séduit parfois.

Certes on complexifie (création de deux nouvelles juridictions) quand on disait vouloir simplifier; certes encore on a la référence idéologique forte : la répression se revendique éducative. Il faut aux jeunes délinquants une réponse sûre, rapide et ferme.

En vérité, le rapport Varinard est porteur d'une vraie révolution.

6. On doit donc décrypter ce rapport au regard des objectifs initiaux visés en se posant quelques questions simples :

- la réalité moderne de la délinquance juvénile imposait-elle une révolution ?
- l'ordonnance telle qu'elle est est-elle inadaptée ?
- en quoi la réforme proposée par Varinard est-elle révolutionnaire ?
- en quoi est-elle dangereuse ?

I - La délinquance juvénile a-t-elle mué au point de justifier une révolution ?

Certes, depuis les années 70, la délinquance a augmenté passant en 2009 de 14,1% à 20,5 du total des faits délictueux connus.

Depuis, elle est retombée à 18% ⁽³⁾.

On ne peut pas soutenir un jour à des fins politiques le contraire de ce que l'on avance l'autre jour à des fins politiques. La délinquance des moins de 18 ans baisse depuis 2000. Réjouissons nous. **En tout cas, elle n'augmente pas ces dix dernières années.**

(1) Voy. not. déc. n° 2002-461 DC - 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 26 et s.

(2) Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, art. 60 et loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, art. 5, modifiant l'art. 20-2 de l'ordonnance de 1945.

(3) Cf. les chiffres du ministère de l'intérieur publié dans *Le Monde* du 27 novembre 2008.

Doit-on rappeler que le taux de réussite policière est au mieux de 30% sachant qu'un délit sur cinq est connu !

Au passage cela signifie que 82% de la délinquance est le fait des plus âgés, sinon des séniors.

En revanche, **on ne peut pas nier que la délinquance des moins de 18 ans est plus violente que par le passé** et qu'elle le reste : dans nombre de quartiers, 50%, sinon plus, de la délinquance de rue est le fait des plus jeunes. Cette violence contre les personnes ou contre les biens est bien évidemment insupportable, mais elle est un fait acquis depuis une dizaine d'années et en rien la caractéristique de la période moderne.

II - Au regard des objectifs assignés à la Commission Varinard l'ordonnance du 2 février 1945 est-elle inadaptée comme instrument juridique ?

A. Une réponse sûre

Si dans les années 70 le taux de classement sans suite était de 90% s'agissant des infractions contre les biens commises par des mineurs et de 40% pour les infractions contre les personnes, il est aujourd'hui toutes causes confondues de 12 %. Et encore recouvre-t-il des cas dans lesquelles les poursuites ne tiennent pas faute notamment de preuve.

L'ordonnance du 2 février 1945 permet de réagir à tout coup dès lors que des personnes lui sont présentées. Doit-on rappeler que le taux de réussite policière est au mieux de 30% sachant qu'un délit sur cinq est connu !

On verra que la Commission Varinard propose de ne plus poursuivre les primo délinquants.

B. Une réponse rapide

La justice est lente, chacun le sait. Quelques 13 mois pour juger un jeune n'est-ce pas la preuve d'un désintérêt de la justice ? L'argument est recevable s'il ne se passe rien dans la procédure, si le jeune est négligé. Et il ne faut pas nier que dans certains cabinets cela peut exister avec des cabinets surchargés ou des vacances de postes. L'ordonnance n'y est pour rien.

On laisse à penser que la justice est négligente et que les éducateurs inactifs

perdent du temps. Tel n'est pas le cas aujourd'hui dans l'immense majorité des cas. Le temps de la procédure est utilisé et mobilisé pour s'attaquer aux problèmes du jeune et posés par le jeune. On y reviendra.

En tout cas, les réformes législatives successives mais aussi plus simplement la volonté des parquets, sans avoir à changer la loi - preuve que l'ordonnance laisse tout possible -, permettent aujourd'hui des réponses judiciaires rapides.

Trois exemples :

- on a commencé par décider que le procureur pourrait convoquer un jeune dans le bureau du juge des enfants dans un délai très court, mais qui ne peut pas être inférieur à 10 jours pour y être mis en examen, et il ne s'en prive pas. Cette procédure de COPJ fait aujourd'hui ringard quand elle ne date que d'une douzaine d'années;
- on est venu dire ensuite que le procureur pouvait faire venir immédiatement au tribunal un jeune qui est en garde à vue afin qu'il soit déféré à un juge (juge des enfants ou juge d'instruction) afin qu'outre la mise en examen, des mesures provisoires éducatives (liberté surveillée ou placement) ou d'ordre public (saisine du J.L.D. pour incarcération) soient prises. Et il ne s'en prive pas. À Bobigny : en 2007 sur 4 000 poursuites, 2 000 ont fait l'objet d'un déferrement devant le juge des enfants de permanence.
- cerise sur le gâteau : en 2004, accentué en 2007, on a introduit le flagrant délit pour les mineurs : non seulement le procureur peut faire juger le jour même par le tribunal pour enfants si le jeune, son défenseur et ses parents renoncent aux délais de 10 jours. Plus besoin d'instruction, plus besoin de mesures provisoires, le jour même une peine ferme et immédiatement exécutoire peut être prononcée.

Ajoutons que le procureur a encore la possibilité de demander au juge des enfants de renvoyer à une audience un jeune pour être jugé à bref délai dans un délai de un à trois mois.

Ajoutons encore que la détention provisoire est possible aujourd'hui en matière criminelle dès 13 ans et en matière délictuelle a priori à 16 ans, mais elle peut intervenir plus rapidement s'il y a violation d'un placement en centre éducatif fermé.

C. Une réponse ferme

On dit souvent que l'ordonnance du 2 février 1945 interdit des mesures répressives à l'encontre des jeunes. Faux !

Les plus honnêtes rappellent qu'il y a une priorité éducative (art. 2) : la loi autorise les mesures coercitives si les mesures éducatives ont échoué et elle demande de s'en expliquer, mais elle ne les interdit pas.

C'est tellement vrai qu'en 2006 - derniers chiffres connus - sur 75 000 mesures décidées contre des mineurs délinquants on trouve :

- 6 000 peines de prison ferme;
- 15 000 peines de prison avec sursis simple ou mise à l'épreuve;
- 5 000 amendes;
- 5 000 TIG;
- 1 500 sanctions éducatives.

En d'autres termes, à ce niveau (40%), l'exception n'est plus si exceptionnelle que cela.

Et avec l'autorisation de la loi.

Le mécanisme des peines-plancher et la suppression de l'excuse atténuante de 2007 n'ont pas encore produit leurs pleins effets dans la justice pénale des mineurs, on doit donc s'attendre à une hausse des peines prononcées.

III - La réforme Varinard est-elle si équilibrée qu'on le dit ?

Il ne faut pas s'y tromper : la commission Varinard n'a pas rendu une copie mièvre. Elle tient son objectif idéologique. Elle affirme comme credo que la certitude de la sanction est de nature à dissuader du crime.

Elle commet alors une erreur fondamentale s'agissant des jeunes d'aujourd'hui sur laquelle tous les praticiens s'accordent : les enfants n'ont pas peur de la

Les enfants n'ont pas peur de la répression car ils sont convaincus qu'ils ne seront pas pris

répression car ils sont convaincus qu'ils ne seront pas pris. Ils sont dans un autre univers.

Négligeant cette évidence, pour tenir son objectif, la commission Varinard a bien compris qu'il suffisait de jouer sur un ressort judiciaire : sanctionner vite. Qui juge très près des faits sanctionne fermement.

La différence avec l'esprit de l'ordonnance de 1945 est là : la loi actuelle ne veut pas punir pour faire peur, elle veut réunir les conditions d'une non récidive en faisant en sorte que l'individu un jour délinquant ne soit plus en situation de l'être.

La Commission a pu réaffirmer tous les grands principes de la justice des enfants car elle s'attaque au seul qui vaille à ses yeux : ne plus rendre l'instruction obligatoire.

L'instruction est un temps utilisé pour s'attacher aux faits - coupable ou pas - et pour faire la vérité sur la personne de l'auteur - qui était-il au moment des faits ? -, mais elle permet aussi en prenant le temps nécessaire de s'attacher à faire évoluer la personnalité. Le jeune est jugé aussi sur ce qu'il est devenu. Il a donc d'une chance en passant devant le juge qui le met en examen d'échapper à une peine sévère s'il évolue en bien. On pense que le travail social venant en appui d'une mobilisation parentale peut y parvenir.

Aujourd'hui où l'on doute autant des travailleurs sociaux que des juges on jugera le jeune sur les faits et sur les rapports de personnalité (pourquoi pas sur le périmètre du crâne comme lorsque l'on appréciait l'adoptabilité d'un enfant ?).

De la même manière on contraint la durée de l'information quand elle est décidée. Les mesures éducatives doivent aussi être courtes.

Bref, on joue sur le temps : juger vite pour sanctionner vite.

De ce point de vue le projet de réforme est porteur d'une vraie révolution car **au final le jeune sera jugé sur son acte et à l'acte et non plus sur l'évolution de sa personne.**

On entend que l'objectif affiché n'est pas d'incarcérer plus les enfants délinquants; il faut pourtant craindre que cela soit l'effet. Tout simplement parce qu'on jugera peu de temps après les faits.

La crainte majeure est qu'**en se privant du temps nécessaire pour l'action de transformation on ne tienne pas l'objectif affiché de combattre la récidive.**

IV - Des préconisations posant problème voire dangereuses

On relèvera bien le projet de débaptiser les juges des enfants et les tribunaux pour enfants en substituant mineurs à enfants. En se disculpant d'avoir la moindre intention idéologique et en fustigeant ceux qui s'attachent au mot enfant il est évident que la Commission veut rompre avec la représentation que l'on peut avoir avec l'enfance, temps de l'insouciance pour bien marquer que ceux qui fautent ne sont pas des enfants et ne doivent pas bénéficier de la moindre compassion.

On se réfère à la Convention internationale sur les droits de l'enfant pour mieux s'en distancier comme on réaffirme les grands principes constitutionnels pour mieux rechercher leurs limites et les contourner.

a) Un âge préfix pour engager la responsabilité pénale

1°) On a déjà beaucoup réagi à l'idée de fixer à 12 ans l'âge d'incarcération des mineurs criminels. Le premier ministre lui-même est monté rapidement au créneau pour combattre cette idée. En vérité, cette préconisation pour préoccupante ne nous ramènerait somme toute qu'un pas en arrière par rapport à ce que nous avons vécu jusqu'à 1989 où l'on pouvait placer en détention provisoire des mineurs criminels de 10 ans. Pour autant il ne s'agit nullement d'une avancée. Reste qu'on compte chaque année sur les doigts d'une main ou de deux les enfants qui pourraient être concernés par des crimes de sang. Si on doit y ajouter les crimes sexuels comme les fellations tenues pour des viols on n'arrive pas à des chiffres impressionnants. Heureusement.

2°) 12 ans n'est pas seulement l'âge qui marquerait la possibilité de l'incarcéra-

tion, sur condamnation ou au titre de la détention provisoire, c'est aussi **l'âge où des poursuites pénales pourront être engagées contre un mineur.** On sait qu'aujourd'hui cet âge n'est pas prédéterminé : on doit apprécier si l'enfant avait le discernement c'est-à-dire comprenait son acte, avait le sens du bien et du mal, du permis et de l'interdit. Généralement on estime qu'autour de 7/8 ans un enfant acquiert le discernement, mais il a été jugé pour tel enfant qu'il n'avait pas ce discernement à 12 ou 14 ans.

C'est donc apparemment une avancée que de fixer ce seuil à 12 ans. On répond ainsi à la CIDE (art. 37) qui demande à ce qu'un seuil préfix soit adopté. Certains pays l'ont fixé à 14 ans ou à 13 ans comme le demandait la défenseure des enfants.

Revers de la médaille, il faudra bien faire quelques chose de ces jeunes de moins de 12 ans qui commettront des faits appelés délits et qui ne pourront plus avoir à rendre des comptes à la justice. La commission Varinard comme pour les primo délinquants de plus de 12 ans prévoit de les renvoyer aux maires et à une instance issue du Conseil communal de prévention et de développement social (CCPDS). Les maires se voient conseiller de se doter avec l'aide des présidents des conseils généraux de «centres contenant» sous entendu d'une nouvelle génération de CEF.

Cela signifie donc que le maire outre le droit de faire la loi, du pouvoir de disposer d'une police et de rendre justice en remontant les bretelles à des jeunes se voit confier le pouvoir de les prendre en charge sous contrôle du parquet. Pour cela il faudra bien leur donner des responsabilités sur les politiques sociales par-delà la responsabilité sur la prévention de la délinquance. En d'autres termes c'est un vrai démantèlement de la République qui non pas s'engage avec le renforcement des responsabilités des maires (loi du 5 mars 2007 «Prévention de la délinquance»), mais s'accroît.

Il est intéressant de relever que cette révolution introduite au nom de l'idée qu'il faut mobiliser la société civile va de pair avec la réduction du champ d'interven-

En vérité ces propositions s'inscrivent bien dans un affrontement idéologique

tion des assesseurs pour enfants quand le tribunal pour mineurs pourra siéger à juge unique, indépendamment qu'ils n'interviendront plus pour les plus de 16 ans récidivistes. Et sachant par ailleurs qu'à partir de 16 ans on recourra désormais au tribunal correctionnel pour mineurs. La défiance est généralisée : contre les travailleurs sociaux, contre les juges, contre les assesseurs.

3°) 12 ans est aussi l'âge où aussi bien les sanctions éducatives nouveau style que les peines sont encourues quand aujourd'hui nous avons un escalier qui marque une gradation dans la réponse pénale.

Il est d'ailleurs prévu que sanctions éducatives et peines pourront être prononcées cumulativement puisque ce seront des sanctions.

Nous avons aujourd'hui un dispositif qui permet des réponses graduées de 0 à 18 ans (avant 7/8 ans, 10 ans, 13 ans, 16 ans, 18). On passe d'une démarche purement éducative à une attitude purement répressive. En affichant vouloir trouver une gradation que l'on a déjà, on la met à bas. Comprenez qui pourra!

b) La dualité des compétences du juge des enfants en matière d'assistance éducative et de délinquance juvénile est maintenue contrairement à ce que souhaitait entendre la Garde des Sceaux, mais on laisse la PJJ se désengager de l'assistance éducative dans son plan stratégique 2008-2011. Et puis on attend les effets de la loi du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance qui doit réduire sensiblement l'intervention judiciaire.

En vérité la commission Varinard sait qu'il ne sert à rien de se presser : le fruit tombera mûr tout seul et là il suffira de transférer cette compétence au juge aux affaires familiales (JAF) qui dira tout le droit dans la famille et donnera un mandat global à l'ASE s'il y a des problèmes éducatifs.

c) Pour quelle efficacité ?

On peut déjà s'interroger sur le «*tout sanction*» pour lutter efficacement contre la récidive.

On est en revanche certain de l'échec de la lutte contre l'insécurité à partir des propositions de la Commission Varinard

puisqu'on ne prend pas en compte la nécessité d'une politique de prévention dont les termes sont bien connus : politique familiale, politique sociale, politique d'intégration, politique citoyenne. On ne regarde que d'un œil; on a peu de chance de toucher la cible.

Par-delà la justice pénale des enfants, c'est bien une autre justice qui se profile, celle qui se contenterait de faire preuve d'autorité en rappelant la loi, quand le XX^{ème} siècle avait bien compris que dire la loi sans accompagner la mise en œuvre de la loi par un soutien social était un leurre (droit réel ou droit formel ?).

Le juge des enfants devenu juge des mineurs devra revenir aux faits et délaissés la personne. Il sera confiné sur le rappel de la loi pénale.

Les enfants en danger seront pris en charge par les conseils généraux.

Le juge aux affaires familiales interviendra sur l'assistance éducative.

Comme le juge des enfants confiera une mission à la PJJ ou à l'administration pénitentiaire, il mandera le Conseil général ou les associations habilitées. Un réseau associatif travaillera pour l'État ou pour les conseils généraux. Et par-delà la justice c'est bien une nouvelle donne des politiques publiques qui se joue avec une mobilisation originale pour la France de la société civile. L'État s'estompe y compris dans sa fonction régaliennne de rendre justice.

La Commission Varinard n'a donc pas rendu un document neutre. Sa réflexion trouve ses racines dans l'histoire; ses préconisations si elles étaient suivies dessinent un autre paysage.

Reste à voir si elles prennent mieux en compte les droits des personnes les plus jeunes. Ainsi en quoi garantira-t-on le droit à l'éducation des enfants en conflit avec la loi ?

En vérité ces propositions s'inscrivent bien dans un affrontement idéologique. Les initiateurs de la révolution proposée avancent qu'on s'est fourvoyé jusqu'ici et que l'on a échoué; ce qui est faux. L'immensité des personnes qui ont été délinquants comme enfants ne le sont pas devenus majeurs.

N'est-il pas possible si la situation est si grave qu'il est dit d'adopter la même stratégie qu'en 1945 ou 1983 avec la Commission des maires et de tenter la recherche de compromis pour s'inscrire sur la durée ? Par exemple de lier une réforme de la justice pénale à une vraie politique de prévention primaire afin de s'assurer de lutter réellement contre l'insécurité ?

En tout cas les préconisations avancées risquent de ne pas franchir le pas du conseil constitutionnel et du Comité des experts de l'ONU.

