

*Peter U...*

RAPPORT

SUR

LES QUESTIONS RELATIVES A

LA PROCEDURE PENALE POUR LES MINEURS EN SUISSE

ET

LE CONCEPT DE L'UNIFICATION DE CELLE-CI

Etabli par Jean Zermatten, Juge des mineurs, Sion

Département fédéral de Justice et Police

Berne, Avril 2000

<b>TABLE DES MATIERES</b>	<b>Page</b>
Table des abréviations	7
Bibliographie choisie	10
Sources législatives	13
<b>1ERE PARTIE    CONSIDERATIONS GENERALES</b>	<b>16</b>
<b>Remarques préliminaires</b>	<b>16</b>
Le mandat de la Confédération	16
Unifier la procédure pour les mineurs?	17
Articulation avec le projet de LFCPM	18
Influences de la jurisprudence et des droits de l'enfant	19
<b>Chapitre I    Les sources internationales</b>	<b>21</b>
La Convention des NU relative aux droits de l'enfant	23
Complémentarité des instruments pénaux internationaux	24
Les Principes directeurs de Riyad	24
Les Règles de Beijing	25
Les Règles de la Havane	26
Portée de ces instruments	27
La Loi Modèle des NU	27
<b>Chapitre II    Les grands principes</b>	<b>28</b>
Des autorités séparées de celles des adultes	30
Des instances spécialisées	31
L'enquête de personnalité relative à l'enfant	32
La nécessaire implication des parents	34
La limitation de l'intervention pénale	36
La parole de l'enfant	37
La célérité de l'intervention	39
Des garanties judiciaires	40
Une application par analogie	41

Chapitre III	Propositions	43
2EME PARTIE	LES AUTORITES JUDICIAIRES	45
Chapitre I	Le système Jugendanwalt	46
Chapitre II	Le système Juge des mineurs	49
Chapitre III	Les systèmes particuliers	52
Chapitre IV	La place du Ministère public	59
Chapitre V	Le problème délicat de l'union personnelle	61
Chapitre VI	Le juge des mesures de contrainte	69
Chapitre VII	Conclusions et propositions	73
	Suppression des instances pour les enfants	74
	Disparition des instances administratives	74
	Le juge des mesures de contrainte	75
	Le Ministère public	77
	L'union personnelle	77
	Quel(s) système(s) pour la Suisse?	79
3EME PARTIE	LES QUESTIONS PARTICULIERES	84
Chapitre I	Le principe d'opportunité	84
	Situation actuelle	84
	Sur le plan des standards internationaux	85
	L'article 7 LFCPM	86
	Rendre obligatoire des mesures de diversion?	86
	Conclusion	88

<b>Chapitre II</b>	<b>Le For</b>	<b>88</b>
	Le principe	88
	Domicile ou résidence à long terme	89
	Les contraventions	90
	Absence de domicile en Suisse	90
	Mineurs agissant en Suisse et domiciliés à l'étranger	92
	Mineurs agissant à l'étranger et domiciliés en Suisse	92
	De lege ferenda	93
	Conclusion	94
<b>Chapitre III</b>	<b>La Disjonction des causes</b>	<b>94</b>
	Le principe	94
	Conclusion	95
<b>Chapitre IV</b>	<b>La Huis clos</b>	<b>96</b>
	Le principe	96
	Les dispositions cantonales	97
	Le huis clos et la CEDH	97
	La LFCPM	99
	Sur le plan des standards internationaux	100
	Conclusion	101
<b>Chapitre V</b>	<b>La Procédure orale</b>	<b>101</b>
	Le principe	101
	L'exception	102
	L'intérêt de l'enfant	103
	Conclusion	103
<b>Chapitre VI</b>	<b>La Participation des parents</b>	<b>104</b>
	L'esprit	104
	Les dispositions cantonales	106
	Sur le plan des standards internationaux	107

La restriction de la participation des parents	108
Conclusion	109
<b>Chapitre VII L'Accès aux dossiers</b>	<b>109</b>
Le principe	109
Les dispositions cantonales	110
Le TF	112
Conclusion	113
<b>Chapitre VIII La Partie civile</b>	<b>113</b>
Le principe	113
Les dispositions cantonales	114
Tendance nouvelle sur le plan international	116
Sur le plan des standards internationaux	117
La LAVI	118
Conclusion	120
<b>Chapitre IX Le Défenseur</b>	<b>120</b>
Le principe	120
Les dispositions cantonales	122
Sur le plan des standards internationaux	125
La LFCPM	126
Conclusion	126
<b>Chapitre X La Détention avant jugement</b>	<b>127</b>
Le principe	127
Les dispositions cantonales	129
Elargir les motifs de détention avant jugement?	131
Les mesures de remplacement	132
La séparation des adultes	133
Sur le plan des standards internationaux	134
La LFCPM	135
Conclusion	136

<b>Chapitre XI</b>	<b>La Procédure par défaut</b>	137
	Le principe	137
	Les dispositions cantonales	137
	Conclusion	139
<b>Chapitre XII</b>	<b>Les Recours</b>	139
	Le principe	139
	Terminologie	141
	Les dispositions cantonales	142
	Les standards internationaux et la LFCPM	144
	Conclusion	145
<b>Chapitre XIII</b>	<b>Les Frais</b>	147
	La question	147
	Conclusion	150
<b>4EME PARTIE</b>	<b>VERS UNE LOI FEDERALE DE PROCEDURE PENALE POUR LES MINEURS</b>	152
<b>Chapitre I</b>	<b>Une exigence de lisibilité</b>	152
<b>Chapitre II</b>	<b>Souplesse et réalisme</b>	153
<b>Chapitre III</b>	<b>Une loi spéciale ou un chapitre du code de procédure</b>	154
<b>Chapitre IV</b>	<b>Structure possible pour une loi fédérale de procédure pénale applicable aux mineurs</b>	157
<b>Notes</b>		165

## TABLE DES ABREVIATIONS

Les principales abréviations utilisées correspondent à celles que propose la Chancellerie fédérale dans le document : Liste des abréviations, Berne 1976.

AIMJF	Association internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CDE	Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, du 20.11.1989
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des liberté fondamentales, du 4 novembre 1950
CP	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937
CPM	Code pénal militaire, du 13 juin 1927
cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
DEI	Défense des Enfants Internationale (association et ONG)
DFJP	Département fédéral de justice et police
IDE	Institut international des Droits de l'Enfant
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 4 octobre 1991

LFCPM	Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs
Loi Modèle	Modèle de loi sur la justice des mineurs (ONU-Vienne, 1997)
n°	numéro
NU	Nations Unies
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral des statistiques
p.	page
Principes de Riyad	Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile, du 14.12.1990
Règles de Beijing	Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, du 29.11.1985
Règles de la Havane	Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté, du 14.12.1990
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RPL	Abréviation anglaise des Règles de la Havane
RPS	Revue pénale suisse
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SSDPM	Société suisse de droit pénal des mineurs



SPJ                    Service de protection de la Jeunesse

TF                    Tribunal fédéral

vol.                    volume

## BIBLIOGRAPHIE CHOISIE

Seuls sont ici mentionnés les ouvrages généraux, qui ne seront cités que par le nom de leur(s) auteur(s), voire par leur titre.

### 1. Doctrine

BOEHLEN M., Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht, Stämpfli, Berne 1975

CALAME R., Appel et cassation, Stämpfli, Berne 1993

CAPPELAERE G., Les défis d'une Convention, in : Une Convention, plusieurs regards, Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, Institut international des droits de l'enfant, Sion 1997

CORBOZ B., Les droits procéduraux découlant de la LAVI, SJ 1996, p. 53 ss

D'AMOURS O., Quels systèmes pour la justice des mineurs?, in : Cent ans de justice juvénile, Bilans et perspectives, IDE, Sion 2000

DUENKEL F., Les orientations actuelles de la politique criminelle, in : Jeunes délinquants et jeunes en danger en milieu ouvert, Eres, Toulouse 1994

HAUSER R./SCHWERI E., Schweizerisches Strafprozessrecht, Helbing & Lichtenhahn, 4ème éd., Bâle 1999

MCCARNEY W., The United Nations Instruments concerning Juvenile Delinquency, in : Cent ans de justice juvénile, Bilans et perspectives, IDE, Sion 2000

OBERHOLZER N., Grundzüge des Strafprozessrechts, Stämpfli, Berne 1994

PIQUEREZ G., La nouvelle loi sur l'aide aux victimes d'infractions : quels effets sur la responsabilité civile et la procédure pénale?, RJJ 1996, p. 1 ss

PIQUEREZ G., Précis de procédure pénale suisse, Payot, 2ème éd., Lausanne 1994

SCHMID N., Strafprozessrecht, Schulthess, 3ème éd., Zurich 1997

STETTLER M., Les mesures éducatives et thérapeutiques en milieu ouvert, in : Droit pénal européen des mineurs, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1992

VERSCHRAEGEN B., Model Statute on Juvenile Law, in : Cent ans de justice juvénile, Bilans et perspectives, IDE, Sion 2000

WINTER R., Die Mediation, in : Cent ans de justice juvénile, Bilans et perspectives, IDE, Sion 2000

ZANI Mamoud, La convention internationale des droits de l'enfant : Portée et limites, Publisud, Paris 1996

ZERMATTEN J., De quelques caractéristiques de l'intervention judiciaire face aux mineurs délinquants, RVJ 1996, p. 197 ss

ZERMATTEN J., Face à l'évolution des droits de l'enfant, quel système judiciaire : système de protection ou système de justice?, in : Revue internationale de criminologie et de police technique, no 2, Genève 1994

ZERMATTEN J., Les objectifs du droit pénal des mineurs, RVJ 1995, p. 319 ss

ZERMATTEN J., Réflexion sur les réalités de la justice des mineurs et la séparation des fonctions judiciaires, RPS 107/1990, p. 375

## 2. Autres ouvrages

Chronique de l'AIMJF, no 1, vol 7, texte complet et commentaire de Horst SCHUELER-SPRINGORUM, Belfast 1998

Commentary to the Model Law on juvenile justice, Centre for the international crime prevention, Vienne 1997

Condamnations pénales des mineurs, OFS, Berne 1998

De 29 à l'unité, Concept d'un code de procédure pénale fédéral, Rapport de la Commission d'experts, DFJP, Berne 1997

De 29 à l'unité, Audition sur le rapport de la Commission d'experts, Procès-verbaux et prises de positions écrites, DFJP, Berne 1998

Droit pénal européen, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 1992

Les autorités cantonales chargées de la poursuite pénale en Suisse, OFJ et SSDPM, 1ère éd., Berne 1989

Les autorités cantonales chargées de la poursuite pénale en Suisse, OFJ et SSDPM, 2ème éd., Berne 2000

Message concernant la modification du CP, CPM ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (98.038)

Ministère de la justice du Québec, Au nom de au-delà de la loi ....., Québec 1995

Rapport sur l'exercice de la justice 1999, Statistiques du Tribunal des mineurs, Tribunal cantonal, Sion 2000

The United Nations and juvenile justice, A guide to international standards and best practice, International Review of criminal policy, nos 49 et 50, United Nations, New York 1999

## SOURCES LEGISLATIVES

### 1. Droit cantonal

ARGOVIE : Dekret über die Jugendstrafrechtspflege (DJStRP/AG), du 27.10.1954, modifié le 1.9.1987; Strafprozessordnung (StPO/AG), du 11.11.1958, modifié le 24.1.1977

APPENZELL AR : Gesetz über den Strafprozess (StPO/A AR), du 30.4.1978, état au 1.1.1996

APPENZELL IR : Jugendlichen-Verordnung (JVO/A IR), du 24.11.1941; Gerichtsorganisationgesetz (GOG/A IR), du 25.4.1999

BÂLE-CAMPAGNE : Gesetz über die Jugendstrafrechtspflege (GJStRP/BL), du 1.12.1980

BÂLE-VILLE : Gesetz über die Jugendstrafrechtspflege (GJStRP/BS), du 20.5.1999

BERNE : Loi sur le régime applicable aux mineurs délinquants (LRMD/BE), du 21.1.1993, modifiée le 27.1.1998

FRIBOURG : Loi sur la juridiction pénale des mineurs (LJPM/FR), du 27.11.1973, état au 1.12.1998; Avant-projet de code de procédure pénale pour les mineurs (CPPM/FR), de janvier 2000

GENEVE : Loi sur les juridictions pour enfants et adolescents (LJEA/GE), du 21.9.1973

GLARIS : Strafprozessordnung (StPO/GL), du 2.5.1965, modifié en 1976

GRISONS : Gesetz über die Strafrechtspflege (StPO/GR), du 1.1.1996

JURA : Loi sur le Tribunal des mineurs (LTM/JU), du 9.11.1978

LUCERNE : Gesetz über die Strafprozessordnung (StPO/LU), du 3.6.1957, état au 1.7.1997

NEUCHÂTEL : Loi sur la procédure applicable aux enfants et adolescents (LPEA/NE), du 17.12.1974

NIDWALD : Gesetz über die Organisation und das Verfahren der Gerichte, du 28.4.1988, état au 1.1.2000; Strafprozessordnung (StPO/NI), du 11.1.1989

OBWALD : Strafprozessordnung (StPO/OW), du 9.3.1973, état au 19.12.1996

ST-GALL : Gesetz über die Strafrechtspflege (StRP/SG), du 9.8.1954

SCHAFFOUSE : Gesetz über die Jugendstrafrechtspflege (GStJRP/SH), du 22.4.1974

SCHWYZ : Verordnung über den Strafprozess (StPO/SW), du 28.8.1974, état au 16.9.1998

SOLEURE : Gesetz über die Gerichtsorganisation du 13.3.1977; Verordnung über die Jugendstrafrechtspflege (VOJStRP/SO), du 24.3.1992

TESSIN : ancienne loi : Legge sulla Magistratura dei minorenni, du 4.11.1974; nouvelle loi : Legge sulla Magistratura dei minorenni, du 8.3.1999, entrée en vigueur le 1.3.2000

THURGOVIE : Strafprozessordnung (StPO/TG), du 30.6.1970, modifié le 18.12.1996

URI : Strafprozessordnung (StPO/UR), du 1.6.1995

VALAIS : Loi d'organisation judiciaire (LOJ/VS), du 13.5.1960, modifiée le 13.5.1992; Code de procédure pénale (CPP/VS), du 22.2.1962, état au 1.1.1993

VAUD : Loi sur la juridiction pénale des mineurs (LJPM/VD), du 26.11.1973

ZOUG : Strafprozessordnung (StPO/ZG), du 3.10.1940, modifié le 16.12.1993

ZURICH : Verordnung über das Jugendstrafverfahren (VOSTV/ZH), du 29.12.1976; Strafprozessordnung (StPO/ZH), état au 30.6.1974

## 2. Droit international

Convention des NU relative aux droits de l'Enfant, du 20.11.1989

Jugendgerichtsgesetz Oesterreich (JGG) du 20.10.1988

Loi Modèle établie par The Centre for the international Crime Prevention, ONU, Vienne 1997

Normes internationales relatives aux droits de l'enfant, Livret I : La Convention des NU sur les droits de l'enfant, texte complet et commentaires de Nigel CANTWELL, DEI, Genève 1995.

Normes internationales relatives aux droits de l'enfant, Livret II : Principes directeurs des NU pour la prévention de la délinquance juvénile (Règles de Riyad), texte complet et commentaires de Geert CAPPELAERE, DEI, Genève 1995

Normes internationales relatives aux droits de l'enfant, Livret III : Règles des NU pour la protection des mineurs privés de liberté (Règles de la Havane ou RPL), texte complet et commentaires de Géraldine VAN BUEREN, DEI, Genève 1995

Normes internationales relatives aux droits de l'enfant, Livret IV : Règles minima des NU concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), texte complet et commentaires de Géraldine VAN BUEREN et Anne-Marie TOOTELL, DEI, Genève 1995

Ordonnance du 2 février 1945, in Droit pénal des mineurs, Que sais-je, Presses universitaires de France, Paris 1991

## PREMIERE PARTIE : CONSIDERATIONS GENERALES

### Remarques préliminaires

1. En 1994, par l'institution d'une commission d'experts, la Confédération a mis en chantier l'harmonisation et l'unification du droit suisse de la procédure pénale. Les raisons de cette démarche résident avant tout dans la recherche d'une amélioration de la lutte contre les formes modernes de criminalité (criminalité économique et crime organisé avant tout). La dite commission a travaillé sur ce sujet et a produit un document important en décembre 1997 (1). A suivi une procédure de consultation, qui a donné lieu à une nouvelle publication sur le sujet (2). Par la suite, le DFJP a chargé le Professeur Niklaus Schmid de rédiger un avant-projet de Loi fédérale sur la procédure pénale suisse; cet avant-projet a été porté à la connaissance d'un petit groupe de suivi, nommé par le DFJP et se trouve actuellement dans la phase de mise au point.

L'avant-projet Schmid a servi de base de travail au présent rapport, tant il est complet et aborde toutes les questions pertinentes qui se posent lorsque l'on veut élaborer un code de procédure pénale. Il s'agit d'un instrument de grande valeur dont la forme (projet de 515 articles) est celle d'un code et n'aborde pas les questions théoriques. Nous savons toutefois qu'un rapport explicatif sera ajouté pour la présentation officielle du projet (début 2001).

Nous profiterons de la logique suivie par l'avant-projet Schmid pour traiter, dans la troisième partie de ce rapport, les questions particulières de procédure pénale qui se posent pour les mineurs.

2. A la lecture des deux rapports cités et du projet Schmid, il ressort de manière très claire que le concept de l'unification de la procédure pénale s'est imposé afin de lutter contre le crime sans frontières, en considérant que la Suisse est un trop petit pays pour se payer le luxe d'avoir vingt-six procédures cantonales et trois procédures



fédérales. Bref, conformément au proverbe "l'union fait la force", l'unification de la procédure pénale a été pensée dans le but de lutter plus efficacement contre la criminalité des adultes. La problématique des jeunes délinquants n'a pas été abordée du tout, ni dans une vue d'ensemble, ni dans ses implications éventuelles sur la procédure pénale à venir. Dans le but de pallier cette carence, le DFJP a décidé de faire établir le présent rapport et, dans un deuxième temps, de proposer un avant-projet de dispositions de procédure pénale pour les mineurs, dans le même souci d'unification et d'harmonisation.

Nous pouvons nous poser la question de l'opportunité de la procédure pénale pour les mineurs. En effet, les motifs qui commandent la démarche pour les adultes n'existent peu ou pas du tout pour les mineurs délinquants : la criminalité économique échappe par définition aux jeunes qui n'ont pas le statut juridique pour effectuer les opérations nécessaires à la réalisation de ce type d'infractions. Pour la criminalité organisée, il y a peu de mineurs, dans notre pays, qui sont utilisés de manière claire et évidente par les organisations criminelles, même si ces dernières années, les tribunaux des mineurs ont été témoins d'un certain nombre de cas où des enfants et des adolescents fonctionnaient comme "mules" ou dealers dans des affaires de stupéfiants. On est cependant bien loin des exemples d'autres pays (Italie, Colombie) où de véritables écoles du crime se forment et où les mineurs sont utilisés à large échelle et systématiquement par les organisations criminelles. Sans tomber dans le travers de la naïveté, on peut penser que notre pays ne devrait pas connaître un accroissement sensible de ce genre de situations qui justifierait alors des mesures d'unification de la procédure pénale.

3. Les raisons qui ont influencé la décision politique d'une unification de la procédure pour les adultes ne se justifient pas ou peu dans la réalité de la délinquance juvénile. Pourtant, on peut penser qu'une même démarche pourrait être utile pour les mineurs. En effet, le même argument peut être repris ici : la Suisse est trop petite pour s'offrir le luxe de vingt-six procédures pénales cantonales et si on unifie les dispositions pour les adultes, il convient de saisir l'opportunité de le faire pour les plus jeunes. Cela paraît assez logique.

Par ailleurs le vote positif du peuple suisse, le 12 mars 2000, a consacré la réforme de la procédure pénale en Suisse; le souverain a en effet accepté de se défaire d'une partie des prérogatives cantonales en faveur de la Confédération. Il semble évident que l'unification touche toutes les procédures et que nous n'avons guère d'autre choix que celui d'unifier aussi celle applicable aux mineurs délinquants. On ne voit pas très bien comment les justiciables pourraient s'y retrouver avec un code unifié pour les adultes et vingt-six codes pour les mineurs, d'autant que les dispositions des mineurs font souvent référence au code de procédure des adultes, en tous les cas en ce qui regarde les grands principes.

Mais il y a une autre raison qui milite pour une harmonisation; celle de la nouvelle Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (LFCPM) (3), actuellement en discussion devant les Chambres. En effet, lors de l'élaboration du projet, les experts qui se sont penchés sur ce texte de loi ont exprimé la nécessité de régler un certain nombre de points de procédure dans la législation à venir. L'idée était ici de donner aux mineurs des garanties minimales de protection juridique lors des procédures ouvertes à leur égard. Ce point de vue a été également soutenu lors de la procédure de consultation et le projet soumis par le Conseil fédéral retient un certain nombre de principes minimaux qui empiètent donc sur la compétence cantonale consacrée par l'article 64 bis al. 2 cst. Ce sont les principes du huis-clos, de l'audition personnelle du mineur, de la défense du mineur, des voies de recours (art. 38 à 40) et de la détention préventive (art. 6).

S'il apparaît donc légitime que le droit fédéral contienne des dispositions pour fixer des principes procéduraux et assurer des garanties minimales identiques à tous les jeunes justiciables relevant des juridictions helvétiques, on peut admettre qu'un essai d'harmonisation et d'unification de la procédure pénale applicable aux mineurs soit également tenté lors de la démarche en cours pour les adultes. Et à l'occasion de la future unification à venir, on pourrait alors alléger la nouvelle loi mise en consultation de ces principes procéduraux, pour les reprendre dans les dispositions de procédure unifiées. Cela serait évidemment plus clair et plus juste du point de vue de la systématique.

4. Une approche unique de la procédure pénale des mineurs en Suisse signifierait-elle un appauvrissement des prises en charge, une sorte de plus petit dénominateur commun qui ferait perdre aux instances des mineurs la richesse de leurs pratiques? Nous pouvons en effet nous poser la question de manière légitime et 150 ans d'usage du fédéralisme justifient assurément une certaine réticence, pour ne pas dire résistance, à une telle conception. Il ne faut cependant pas voir la procédure pénale comme un carcan mis à l'intervention socio-éducative du magistrat de la jeunesse : celle-ci demeure et demeurera, car le projet de Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs continue à privilégier l'idée directrice d'intégrer les délinquants mineurs par l'éducation (4) et de mettre en avant les objectifs de prévention et de soins, plutôt que de répression. Il faut plutôt considérer la procédure pénale, via les principes auxquels elle se réfère, comme un ensemble de garanties données aux jeunes justiciables.

Or, en l'espèce, force est de constater qu'en matière de procédure pénale, les textes sont souvent assez peu élaborés, pour ne pas dire rudimentaires et qu'ils partent du principe que l'intérêt de l'enfant, critère suprême appliqué par les instances spécialisées, suffit pour justifier toutes les formes d'intervention. Si l'on peut affirmer que dans la plupart des cas, l'intérêt réel de l'enfant est pris en compte, on ne peut néanmoins ignorer que de nombreuses entorses aux droits individuels des mineurs ou de leurs parents ont été faites au nom de ce même principe... Il y a donc un intérêt réel à assurer une meilleure protection des jeunes délinquants (et de ceux qui en ont la charge) en leur offrant des garanties procédurales minimales. Que ces garanties minimales soient identiques partout en Suisse n'est pas contestable. Pour le reste, les lois cantonales d'introduction d'un code de procédure pénale unifiée devraient permettre à chaque canton de préserver un minimum de spécificité (organisation et fonctionnement des instances).

5. Il faut aussi mentionner ici la tendance nouvelle issue de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et, plus récemment, des droits de l'enfant (5), de considérer les enfants non seulement comme des petits d'hommes, mais comme des sujets de droits (6).

Cette conception nouvelle amène les Etats à devoir légiférer dans des domaines où jusqu'à présent ils se fiaient volontiers au bon sens et à la pratique des magistrats : un de ces domaines est la procédure pénale.

Dans ces conditions et pour permettre une prise en compte raisonnable des exigences de la CEDH et des droits de l'enfant, il peut paraître sage de trouver des solutions uniformes pour la Suisse qui permettent l'application de normes internationales reconnues et respectueuses de l'intérêt objectif des enfants.

Enfin, on ne peut pas nier non plus l'émergence d'un droit européen, également dans le domaine de la justice juvénile (7). Si ce droit en est à ses balbutiements, il ne faut pas perdre de vue que les principes minimaux sur lesquels il va se fonder - même si l'application pratique et quotidienne prendra encore beaucoup de temps - découlent et des arrêts de Strasbourg et des règles minima admises sur la scène internationale.

Il semble donc y avoir un intérêt clair à une meilleure connaissance de cette évolution et à une prise en compte des thèmes développés. A ce titre également, une unification des fondamentaux de la procédure pénale peut se justifier.

6. Ce rapport cherchera, en introduction de sa première partie, à définir les sources qui devraient inspirer une unification de la procédure. Les sources traditionnelles que sont la doctrine et la jurisprudence pertinente du TF ou de la Cour européenne de Strasbourg, voire des tribunaux cantonaux, ne seront pas développées; elles seront simplement citées en référence. Par contre, les sources internationales, nées des droits de l'enfant, sont nouvelles, très peu répandues, souvent méconnues encore. Elles seront présentées ici. Sur cette base, il sera possible de définir quelques principes qui devraient inspirer le législateur, au moment où il entend unifier la procédure pénale des mineurs. Ces principes seront évoqués au terme de cette première partie d'ordre général.

La deuxième partie du rapport sera consacrée à la présentation des principaux systèmes d'organisation judiciaire mis en place par les cantons suisses pour les mineurs délinquants; nous passerons donc en revue le modèle Jugendanwalt, celui du Juge des mineurs, puis les systèmes particuliers. Ensuite, il sera question de trois problèmes importants : la place du Ministère public, la question de l'union personnelle et l'éventualité de l'instauration d'un juge des mesures de contrainte.

La troisième partie traitera des questions de procédure particulières au droit pénal des mineurs, à savoir le principe d'opportunité, le for, la disjonction des causes, le huis clos, l'oralité des débats, la participation des parents, l'accès aux dossiers, la partie civile, la défense, la détention avant jugement, la procédure par défaut, les recours et les frais.

La quatrième et dernière partie cherchera à faire la synthèse de ce qui a été discuté et à faire des propositions utiles pour la suite des démarches à effectuer. La pertinence de consacrer une loi distincte pour la procédure pénale des mineurs ou de réserver un chapitre du code des adultes sera notamment examinée. La structure possible d'une loi de procédure pénale unifiée applicable aux adolescents sera proposée, comme base de discussion, laissant plusieurs variantes ouvertes.

#### Chapitre I : Les sources internationales

7. Le domaine de la justice juvénile n'intéresse guère que quelques spécialistes et une poignée de chercheurs. Très peu écrivent : de temps à autre paraît une thèse de doctorat ou les résultats d'une recherche statistique. Mais nous pouvons dire qu'il y a peu d'ouvrages de base. Les praticiens sont, en fait, ceux qui connaissent le mieux cette matière particulière, parce qu'ils l'appliquent et parce qu'ils en savent tous les détours. Malheureusement, les praticiens n'ont pas le temps d'écrire ou alors, lorsqu'ils écrivent, ils parlent principalement de leurs expériences humaines; ils racontent des histoires de vie; ils font

de la "clinique", mais rarement du droit. Cette condition nous vaut le peu d'ouvrages de référence disponibles en droit pénal des mineurs. Deux femmes exceptionnelles doivent néanmoins être citées : Mme Marie Boehlen, auteure d'un remarquable commentaire rédigé en marge de son travail de Juge des mineurs, et Mme Valy Degoumois, inspiratrice indéniable des praticiens en Suisse. Leur disparition récente est l'occasion de leur rendre cet hommage. La présente réflexion se justifie d'autant plus lorsque nous parlons de procédure pénale pour les mineurs : nous arrivons alors dans une zone désertique... aucun ouvrage de portée générale (il y a des monographies sur les systèmes cantonaux) n'ayant été consacré exclusivement à ce thème, à notre connaissance, en Suisse.

Le seul document qui se rapporte entièrement à cette question est les "Lignes directrices pour la procédure pénale applicable aux mineurs", édité le 15.4.1971 par la SSDPM. Il ne s'agit pas d'un ouvrage commenté, mais uniquement de principes dont on devrait s'inspirer lorsque l'on réfléchit à une procédure pénale pour les mineurs. Cette démarche, motivée à l'époque par plusieurs révisions cantonales, contient de très bonnes idées et ne doit pas être mise au rancart. Mais il est clair que ces minima standards ont pris quelques rides et que la jurisprudence et les événements survenus depuis près de trente ans ont affaibli considérablement leur portée. Il n'y sera pas fait référence, sauf que l'esprit qui a animé cette démarche s'inscrit également dans le présent rapport. S'il ne se recommande pas scientifiquement de ces lignes directrices, il n'en reconnaît pas moins leur valeur et celle de leurs auteurs, pionniers qui ont marqué le droit pénal des mineurs dans notre pays.

Par contre, il est très intéressant de noter que sur le plan international, plusieurs instruments se sont développés depuis une quinzaine d'années et ont influencé directement le développement du droit pénal des mineurs (et le droit de protection de l'enfance), les prises en charge des jeunes délinquants et partant, la procédure pénale applicable aux plus jeunes des justiciables.

## 8. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant

La première source internationale à mentionner est La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 (8). Signée et ratifiée, elle est entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997. A ce jour, 191 Etats sur 193 l'ont également signée et ratifiée. Font exceptions les Etats-Unis et la Somalie. Cette convention est un instrument de portée universelle.

Il y a beaucoup à dire sur cette convention, mais le propos doit se circonscrire ici à la procédure pénale. Remarquons toutefois, d'une manière générale, que cette convention introduit plusieurs notions fondamentales qui ne sont pas sans influence sur l'administration de la justice juvénile :

- l'obligation d'entendre la parole de l'enfant (art. 12),
- le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3),
- le principe de non-séparation d'avec les parents (art. 9),
- la responsabilité des parents (art. 18),
- l'interdiction de la peine capitale, de la torture, de traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 37),
- la privation de liberté vue comme mesure "ultima ratio" (art. 37) et
- la justice juvénile, notamment la procédure pénale (art 40).

C'est ce dernier article qui intéresse la procédure pénale, article le plus long de la convention, tout entier consacré à l'administration de la justice juvénile. Des règles de procédure pénale ont été introduites, notamment à son alinéa 2. Il y sera fait référence plus tard, à l'évocation des grands principes qui devraient inspirer les dispositions helvétiques de procédure pénale pour les mineurs.

Soulignons enfin la portée contraignante de ce texte pour notre pays.

9. Le domaine de la justice pénale des mineurs est, de tous les domaines des droits de l'enfant, celui où les traités internationaux ont été le plus développés et ce de manière assez curieuse, puisque ce n'est heureusement pas le domaine qui regarde le plus grand nombre d'enfants. Au contraire, c'est un champ occupé par une minorité. Mais probablement que la position particulière du mineur face à l'Etat, considéré dans son rôle judiciaire et les enjeux en présence, notamment sur le plan des réactions sociales sous forme de privation de liberté, voire même de peine capitale, ont justifié cet intérêt prioritaire pour ce domaine.

C'est aussi un domaine où il existe une certaine articulation entre les traités, où l'on a cherché, par différents textes il est vrai, à apporter une réponse globale à un phénomène - la délinquance des jeunes - et non des réponses partielles. Cette articulation est à souligner, car elle n'existe pas, à ma connaissance, entre d'autres éléments du puzzle "droits de l'enfant". Elle est effectuée sur un mode logique, dans le sens où l'on évoque des principes généraux destinés à la prévention de la délinquance juvénile; puis où l'on aborde la question de l'administration de la justice des mineurs; enfin où l'on traite du sort à réserver aux mineurs privés de liberté.

#### 10. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile

Si l'on suit la logique de ces instruments, le premier à considérer est Les Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile du 14.12.1990 (dits principes directeurs de Riyad) (9). La date de leur acceptation n'est pas innocente, dans le sens où elle est postérieure à l'adoption de la Convention des Droits de l'Enfant et qu'elle fait donc référence implicite à ce texte fondamental et à la position de l'enfant considéré, depuis 1989, comme un être humain à part entière et plus seulement, du point de vue pénal classique, comme un adulte en miniature. Il s'agit donc de principes qui n'ont pas de valeur contraignante, sauf pour des points précis qui se trouveraient déjà formulés dans la Convention et qui trouveraient ici un développement ou une explicitation. La prévention de



cette délinquance juvénile est abordée d'une manière positive, soit comme la promotion du bien-être et de l'intégration sociale, composantes nécessaires pour éviter à un enfant de se manifester par des comportements délictuels.

Ce texte, pour important qu'il est, ne comporte que peu de règles directement applicables au domaine qui intéresse cette étude; nous pouvons néanmoins retenir le chapitre 6 consacré à la législation et à l'administration de la justice pour mineurs.

#### **11. Les Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs**

C'est évidemment le texte suivant qui est le plus important pour la procédure pénale, il s'agit des **Règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs du 29.11.1985 (dites Règles de Beijing)** (10). Les Règles de Beijing donnent aux Etats des lignes directrices pour tenir compte de la protection des droits de l'enfant et le respect de leurs besoins lors de l'élaboration de systèmes spécialisés de justice pour mineurs. Il s'agit donc là aussi de règles non contraignantes, qui comblent une lacune. En effet, tous les textes antérieurs établis par les Nations Unies (Pacte de 1966 sur l'exercice des droits civils et politiques et minima pour le traitement des détenus de 1955) ne faisaient pas référence explicite à la justice des mineurs, d'où la nécessité de ce premier instrument international. Ces règles de 1985 sont donc antérieures à la Convention, mais il est intéressant de constater que la Convention des Droits de l'Enfant a repris les principales dispositions de Beijing pour leur donner ainsi une valeur contraignante. De très nombreux articles intéressent la procédure pénale proprement dite ou l'organisation judiciaire. Ce texte court (trente articles seulement) est important car il définit de manière très précise la manière dont la justice des mineurs doit intervenir auprès des jeunes dans les trois phases de l'instruction, du jugement et de l'exécution.

Ces articles seront repris de manière topique dans les chapitres ultérieurs, en relation avec les sujets traités. Contentons-nous, à ce

stade, d'indiquer de manière subjective et sous forme lapidaire, dix principes fondamentaux contenus dans ce texte :

1. la nécessité d'un traitement équitable et humain;
2. la "déjudiciarisation" par des alternatives;
3. la prise en compte de la parole du mineur;
4. la privation de liberté comme mesure de dernier ressort et la plus brève possible;
5. la privation de liberté réservée aux seuls cas graves;
6. l'exclusion de la peine capitale et du châtimeut corporel;
7. le placement comme mesure d'exception;
8. les organes spécialisés de la justice des mineurs;
9. l'objectif de réinsertion de la justice juvénile;
10. la libération dès que possible de la mesure.

**12. Les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté**

Le troisième texte en la matière n'est pas dénué d'intérêt puisqu'il parle des règles à observer pour les mineurs privés de liberté, sujet souvent brûlant, parfois tabou. Il s'agit des **Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté du 14.12.1990** (dites Règles de la Havane ou RPL) (11).

Troisième pilier de cet ensemble cohérent de normes juridiques liées à la délinquance juvénile, il a un objectif clairement défini : la protection et le bien-être des mineurs privés de liberté. Il concerne donc toutes les personnes de moins de 18 ans qui sont sous le coup d'une privation de leur liberté (soit sous forme de détention ou emprisonnement soit sous forme de placement dans un établissement public ou privé), ordonnée par une autorité judiciaire. Il vise à parer aux effets néfastes de la privation de liberté traditionnelle et à garantir les droits de l'enfant. Il est certain que dans la procédure, au moment où il va être question de détention préventive notamment, ces principes vont intervenir et devront inspirer également le législateur suisse.

D'ailleurs, ce texte réserve une place particulière à la détention avant jugement et au respect de certaines règles pour les gardes à vue ou les séjours dans les commissariats de police. C'est, en effet, dans ce domaine que le plus grand nombre de lésions des droits de l'enfant sont commises à travers le monde, en Suisse probablement aussi.

13. Ces trois derniers instruments sont des recommandations et ne revêtent pas comme tels une valeur contraignante pour les Etats. Cependant, s'agissant des principes minima qui devraient être au moins respectés, les pays ne peuvent pas non plus les ignorer, les transgresser ou aller à fin contraire. De plus, comme indiqué, ces règles ne sont pas isolées, mais font partie d'un tout logique et sont imbriquées les unes dans les autres. Il n'est donc pas raisonnable de les passer sous silence ou d'opérer un tri subjectif entre celles qui pourraient convenir à tel système et les autres... Il ne faut pas perdre de vue non plus que la CDE agit comme un toit, sous lequel sont rangés ces textes spécifiques. De ce fait, elle accorde toute l'influence contraignante de ses grands principes à ceux contenus dans ces trois textes. (12)

#### **14. Le Modèle de Loi sur la Justice des Mineurs**

Si la CDE et les trois textes dont nous venons de parler sont destinés à assurer une administration correcte de la justice des mineurs et constituent une référence fondamentale pour qui veut légiférer en la matière, il faut mentionner la naissance du dernier né :

**Le Modèle de Loi sur la Justice des Mineurs de septembre 1997** (13) préparé par le Centre des Nations Unies pour la Prévention internationale du Crime (Vienne). Ce texte a été formulé sur la base de quatre-vingts lois nationales recueillies et étudiées par le centre, dans le but d'aider les pays qui n'ont pas encore de loi spécifique sur la justice des mineurs et qui entendent en mettre une en place ou les pays qui révisent leur législation, en leur proposant un canevas de lois, tout en laissant ouvertes de nombreuses options et variantes pour être compatibles avec le système législatif du pays concerné, ses traditions et son système juridique. Ce système est constructif car, tout en

traitant de principaux problèmes rencontrés dans le difficile exercice du législateur, il fournit des alternatives possibles.

Ce texte prend appui sur les principes de la CDE et sur les instruments internationaux cités ci-dessus. Ce faisant, il explicite également ces traités et montre leur portée d'une manière concrète. On peut dire qu'il n'impose rien, mais qu'il inspire. Les solutions proposées sont basées sur le respect des droits de l'enfant et sont l'état le plus avancé des connaissances dans ce domaine.

Le Modèle de Loi propose le chapitre trois consacré à l'organisation des instances spécialisées pour les mineurs et à la procédure qui doit s'y dérouler (14), (15). Il sera fait largement référence à ce chapitre, au moment d'examiner ces deux questions : celle d'une organisation possible des autorités pénales pour les mineurs en Suisse et celle d'une unification de la procédure pénale.

15. On devrait encore parler des travaux du Conseil de l'Europe, qui a été très actif en matière de réaction à la délinquance juvénile à la fin des années 80. Nous devrions aussi citer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à Strasbourg, la doctrine au plan international et les recherches récentes de la criminologie. Cela nous entrainerait trop loin. Nous nous contenterons, chaque fois que cela est justifié, de faire référence à ces autres sources internationales et dans l'énoncé des problèmes rencontrés et dans les solutions possibles.

## Chapitre II : Les grands principes

16. Lorsque l'on parle de droit pénal des mineurs, l'on se trouve toujours confronté à une double approche : celle d'un modèle dit de justice (Justice Model) qui a inspiré surtout les pays anglo-saxons et qui voit l'infraction comme un acte délibéré qu'il faut sanctionner, tenant compte de la responsabilité de l'auteur, et celle d'un modèle dit de protection (Welfare Model) qui est à l'origine des systèmes traditionnels d'Europe occidentale et qui voit l'infraction comme un

symptôme dont il faut rechercher les causes, pour apporter aide et soins à son auteur. Voilà schématiquement résumées ces deux conceptions opposées, qui bien sûr, contiennent de nombreuses variantes et nuances (16).

En abordant le thème de la procédure pénale, on retrouve ce même dilemme. D'une part, nous avons les tenants d'une approche dite de justice, qui souhaiteraient un procès absolument codifié, présentant toutes les garanties possibles et qui serait ficelé jusque dans le moindre détail, faisant ainsi la part belle aux débats, à la confrontation avec la victime, avec les témoins et mettant en avant le système contradictoire et la cascade des instances qui l'accompagne. Une telle approche se retrouve aujourd'hui surtout aux Etats-Unis où les standards offerts par la procédure devant la juridiction des mineurs sont les mêmes que ceux de la justice des adultes, lorsqu'il y a encore une justice spécialisée pour les mineurs...

De l'autre côté, nous avons les partisans d'une procédure à l'égard des mineurs avant tout pratique, pas trop formelle et basée sur un système empirique, où une place importante est laissée non pas à l'improvisation, mais à la libre appréciation du magistrat et à sa sagesse. On se trouve ici dans un formalisme réduit et dans une conception où la primeur est accordée à la relation directe qui se noue entre justiciable et justiciant.

Entre ces deux modèles opposés, il y a de la place, non pour un compromis, car il paraît difficile de concilier deux points de vue aussi opposés, mais pour trouver des points d'accrochage objectifs à l'établissement d'un système de procédure qui ne soit ni identique à celui des adultes, ni dénué de garanties minimales.

17. Si nous examinons les systèmes judiciaires mis en place en Suisse et les dispositions de procédure pénale adoptées par les cantons, nous nous rendons compte immédiatement que l'option de notre pays est pour un système du deuxième genre, c'est-à-dire sans formalisme excessif, sans procès rigoureusement orchestré et avec passablement de latitude

laissée aux magistrats. En ce sens, nous sommes dans un modèle plutôt "empirique", bien que ce terme puisse avoir une connotation négative.

Or, à notre avis, ce système réaliste n'est pas négatif et a beaucoup d'avantages, notamment celui d'éviter une stigmatisation trop forte de l'intervention pénale, celui de laisser un peu de latitude aux autorités d'instruction et de jugement et surtout d'éviter, chaque fois que cela est possible, la forme du débat contradictoire, donc de limiter les cas où l'intervention de la justice se fait solennelle. Mais évidemment, il ne faut pas que ce système tombe dans le piège de supprimer toutes garanties aux mineurs et à leurs représentants.

18. Il faut donc, au moment où l'on réfléchit à une unification de la procédure pénale, définir quelques principes de base sur lesquels s'appuyer pour construire un édifice assez solide pour justifier le choix d'un système et assez souple pour abriter vingt-six sensibilités différentes.

#### 19. La séparation des autorités des mineurs de celles des adultes

Le premier principe que nous rencontrons dans toutes les législations cantonales (et dans la plupart des Etats) est celui de la **séparation des autorités des mineurs de celles des adultes**. Les règles internationales prônent toutes une séparation claire et nette des deux types d'autorités. Ainsi la CDE, à son article 40 ch. 3, prévoit "les Etats parties s'efforcent de promouvoir [...] la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infractions à la loi pénale [...]". L'article 2.3 des Règles de Beijing avait déjà posé le même principe. La Loi Modèle affirme dans son article 1.1-1 que "la juridiction spécialisée pour mineurs doit être distincte de la juridiction compétente pour les adultes".

Si nous nous penchons sur les raisons qui commandent cette séparation, nous devons noter avant tout que cela tient à la différence de matière entre le droit pénal ordinaire et le droit pénal des mineurs.

Ce que nous jugeons lorsqu'il s'agit d'un majeur, c'est un acte commis dans le passé par une personne présumée responsable. Alors que dans les cours pour mineurs, nous jugeons non un acte, mais une personne (enfant ou adolescent) dont le comportement, pas toujours responsable, appelle une réaction sociale sous une forme éducative. C'est l'opposition classique entre un "Tatstrafrecht" et un "Täterstrafrecht". Si dans le premier cas nous jugeons le passé, dans le second, nous préparons l'avenir. Cette distinction des matières, impose une distinction de la manière.

Il y a en plus une distinction très nette des objectifs, des méthodes et de la pénologie. Les objectifs du droit pénal des mineurs s'écartent des notions de souffrance, de répression et de rétribution, pour des visées éducative, préventive, curative, sociale et protectrice (17). La méthode de travail n'est pas basée uniquement sur le droit, mais fait appel au travail interdisciplinaire et aux sciences humaines qui traitent de l'enfant; elle s'intéresse à la personne et au devenir. Le système des peines et mesures est un système sui generis qui s'écarte résolument du système de sanctions prévu pour les adultes. De plus, le critère de la prévention générale cède ici le pas au critère de la prévention spéciale.

Nous comprenons bien qu'une séparation des autorités judiciaires des mineurs et des adultes se justifie.

## **20. La spécialisation des autorités des mineurs**

Le deuxième principe sur lequel nous devons nous baser est celui de la **spécialisation des autorités des mineurs**. Qui dit séparation en fonction de la matière et des objectifs, sous-entend que les autorités chargées des affaires de cette minorité, aient des connaissances et une préparation particulières. Ce postulat est exprimé de manière claire par les Règles de Beijing qui demandent que "Les services de justice pour mineurs doivent être systématiquement développés et coordonnés en vue d'améliorer et de perfectionner la compétence du personnel de ces services, en particulier ses méthodes, approches et attitudes " (cf. art.

1.6). Les Principes de Riyad abondent dans le même sens à l'article 58, alors que les Règles de la Havane soutiennent la nécessité de donner au personnel une formation spécifique dans "[...] les domaines de la psychologie de l'enfant, de la protection de l'enfant et des normes internationales relatives aux droits de l'homme et aux droits de l'enfant" (art. 85). La Loi Modèle exige en son article 1.1-1 dernier alinéa que "toutes les personnes chargées des affaires concernant les mineurs (les juges, l'autorité chargée des poursuites, les autorités chargées de diligenter l'enquête pénale, le personnel de prison et les agents sociaux) doivent recevoir une formation continue spécialisée." S'il va sans dire que la formation juridique constitue le socle de la formation, il apparaît de manière claire que le droit ne suffit pas pour comprendre la problématique d'un enfant ou d'un adolescent.

La future loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs a prévu d'ailleurs une disposition semblable en son article 2 al. 3 : "les personnes chargées d'appliquer la présente loi doivent disposer de compétences éducatives". Cette exigence s'étend, à la lecture du message (18), aux autorités intervenant aux trois stades de l'application de la loi (instruction, jugement et exécution).

Au vu de la matière très délicate à traiter par les autorités judiciaires des mineurs et tenant compte des enjeux importants pour l'avenir des jeunes justiciables, il n'est guère contestable de devoir préparer spécialement les personnes en charge de ces responsabilités. Un point doit être ici également mentionné, c'est la coordination avec les autorités de protection, car souvent un même enfant peut être suivi par plusieurs autorités (pénale, civile, tutélaire, sociale, etc.). Un travail en réseau doit alors se mettre en place et seule une bonne connaissance de l'éventail institutionnel et des interventions possibles peut permettre de faire face aux exigences croisées de ce type de situation.

## 21. L'enquête de personnalité relative à l'enfant

Un troisième principe pour guider la réflexion est celui de l'importance de l'enquête de personnalité relative à l'enfant. On entend



par là que, contrairement à la justice ordinaire où les éléments de personnalité n'interviennent qu'en deuxième ligne par rapport à l'acte-infraction pour déterminer la quotité de la peine, ce sont les renseignements sur la personnalité du jeune prévenu qui sont déterminants pour toute la procédure et qui vont amener l'autorité à prendre des mesures provisoires, à rechercher des solutions éducatives ou thérapeutiques et qui vont influencer le jugement au fond.

Cette obligation qui existe déjà dans le droit actuel (art. 83 et 90 CP) est largement reprise dans l'avant-projet de LFCPM (art. 8) et peut conduire à des décisions de type procédural comme le placement provisoire ou la mise en observation, voire l'expertise médicale ou psychologique (19).

Tous les grands instruments internationaux établissent également une prescription pour les autorités judiciaires de s'entourer de tous les renseignements utiles pour les décisions à rendre. Ainsi la Loi Modèle en son article 3.12-14 indique que "Le juge des enfants chargé de l'instruction doit avoir une connaissance précise de la personnalité du mineur délinquant. Il peut ordonner certaines mesures d'observation, en particulier recourir aux enquêtes sociales ainsi qu'aux examens médicaux et psychologiques. Il doit notamment recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur le caractère et les antécédents du mineur, sur sa scolarité et sur les conditions dans lesquelles il a vécu ou a été élevé." Nous pouvons également citer les Règles de Beijing qui fixent cette même contrainte, à savoir procéder à une enquête de personnalité approfondie (cf. art. 16).

Les rapports fournis par les services consultés sont indispensables pour la décision à prendre à l'égard du prévenu mineur. Les obligations faites dans ce domaine fondent, dans la réalité, un mode de travail particulier qualifié d'interdisciplinaire et justifient l'intervention, déjà bien avant le jugement, de services de protection de l'enfant par le biais de mesures prises à titre provisoire ou de mandats d'enquête sociale.

Or, dans ce domaine, il est parfois difficile de faire une distinction très nette entre le mandat d'investigation et le début de la prise en charge. Nous nous trouvons souvent dans des situations où une action a été entreprise au moment de la découverte d'un délit et où enquête sociale et mesure provisoire s'enchaînent dans un processus continu, sans nécessaire césure entre les phases. Ce n'est qu'au moment du jugement que les choses seront mieux définies et, peut-être, moins enchevêtrées.

## 22. La nécessaire implication des parents

Un principe important et qui échappe souvent aux personnes qui ne sont pas familières au droit pénal des mineurs est l'**implication des parents** dans les procédures judiciaires menées à l'égard des enfants. Comme cela découle de la définition même du mineur, ce dernier est un sujet dépendant matériellement, immatériellement et juridiquement de ses parents. A ces titres, il est important que les parents soient associés, chaque fois que cela est possible, aux décisions qui sont prises à l'égard des enfants, y compris aux actes de procédure. Serait-il possible de faire autrement? Assurément non, puisqu'il faut impliquer ceux qui ont la charge directe de l'éducation.

La justice des adultes et celle des mineurs se différencient également comme suit : la première est confrontée à un acte, la seconde, à un mineur et à ses responsables éducatifs. Dès lors, l'intérêt de l'association des parents à la dynamique de la prise en charge est lié à la substance même de l'objet du procès. Tout d'abord, il est juridiquement impératif de renseigner les détenteurs de l'autorité parentale sur les décisions prises à l'égard de leur enfant, car ces décisions auront une influence directe sur le prévenu mineur, et directement ou indirectement aussi sur leur propre situation (par exemple limitation de l'autorité parentale en cas de mesure de contrainte avant jugement).

En outre, le rôle des parents ou représentants légaux est d'autant plus important que ce sont eux qui connaissent le mieux le prévenu et qui

peuvent donner les meilleurs renseignements sur sa problématique. D'autre part, ce sont eux qui ont le plus d'influence sur le prévenu et qui peuvent faire réussir ou échouer une mesure de prise en charge. Enfin, ce sont eux qui doivent également modifier leurs attitudes éducatives vis-à-vis du prévenu pour faire évoluer son comportement, après une infraction par exemple. Sans l'adhésion, au moins minimale, des parents aux projets - faits dans l'intérêt du prévenu -, ceux-ci n'ont que peu de chance d'être menés à bien.

Nous pouvons dire que dans la procédure pénale des mineurs, notamment dans la phase de l'instruction, les contacts avec les parents ou représentants légaux sont déterminants pour la suite de l'affaire. Une information correcte des actes posés, une explication des conséquences possibles de l'acte commis et de la suite du déroulement de l'intervention judiciaire sont de nature à provoquer la participation des parents ou représentants légaux au travail judiciaire.

Il y a bien sûr des cas où la participation des parents ou représentants légaux n'est pas souhaitable (cas où les parents sont impliqués dans les mêmes actes, attitude hostile à l'égard de l'enfant, rejet, maltraitance, etc.). Dans ce type de situation, la présence des parents doit être alors formellement exclue, passagèrement ou définitivement.

La présence des parents est également prévue par les textes internationaux. Les Règles de Beijing demandent que "les parents ou le tuteur peuvent participer à la procédure et peuvent être priés de le faire dans l'intérêt du mineur, par l'autorité compétente [...]" (art. 15.2). La CDE, à son article 40 ch. 2 litt. b iii, commande que la cause de l'enfant soit entendue en présence de ses parents ou représentants légaux.

La Loi Modèle étend le cercle des parents et des représentants légaux à impliquer, en englobant les services responsables du mineur. Il arrive souvent, en effet, qu'un enfant, à côté de ses représentants légaux, soit déjà suivi par un service de protection. Il est alors

évident que le dit service doit être informé, entendu, voire consulté. C'est le sens de l'article 3.2-14 al 2 : "Les parents ainsi que les personnes ou services responsables du mineur sont informés et consultés".

### 23. La limitation de l'intervention pénale au strict nécessaire

Le principe suivant, lié à ce que nous venons de décrire, est celui de limiter l'intervention pénale au strict nécessaire. Cela signifie tout d'abord de ne pas empiéter sur la sphère d'influence des parents et de ne pas imposer des restrictions de fait ou de droit à l'autorité parentale, lorsqu'il n'y a pas de motifs sérieux de le faire. Cela peut paraître évident, car tant la tradition que les principes du droit de la famille fondent cette priorité des parents dans l'éducatif aujourd'hui. Ce rappel peut être jugé superflu, mais il ne faut pas oublier que le droit actuel pour les mineurs part du principe que le dépistage précoce des difficultés des enfants est une tâche du juge pénal. Dès lors, une intervention pourrait se justifier très tôt.

Certes, depuis l'entrée en vigueur du CP, les choses ont évolué et les services de soins pour les enfants se sont développés, rendant ce rôle de la justice des mineurs inutile. Il n'en reste pas moins que dans certains cantons, notamment dans ceux où les autorités tutélaires ne sont pas centralisées, nous avons encore tendance à demander au juge des enfants des mesures qui auraient pu être prises bien avant la découverte d'une infraction.

Outre le respect dû à l'autorité parentale, ce principe de limitation de l'intervention pénale est aussi destiné à respecter les droits de l'enfant. Nous pourrions ici faire appel au proverbe latin "Primum non nocere" que cite le Professeur Martin Stettler (20) et à la sagesse du magistrat qui pourrait se résumer ainsi : "parfois le meilleur moyen de préserver l'intérêt de l'enfant est de ne pas intervenir".

La signification pratique de ce principe doit se trouver dans la possibilité pour la justice pénale de ne pas intervenir pour des cas bagatelle et de laisser, alors, à l'autorité parentale le soin de réagir

et de trouver la réponse la plus adaptée à la situation particulière de l'enfant. Ce principe fonde aussi la nécessité d'introduire un principe d'opportunité dans la loi spécifique pour les mineurs délinquants. Le droit positif connaît une sorte de principe d'opportunité (qui n'en est pas un au sens strict du terme, puisque l'on se trouve plutôt dans le cas de figure du pardon judiciaire) aux articles 88 et 98 CP. Le projet de LFCPM va beaucoup plus loin. Il introduit un véritable principe d'opportunité à son article 7 qu'il convient de lire en parallèle avec l'article 20 LFCPM (21).

Ce principe d'opportunité mérite de figurer dans les dispositions de procédure unifiées.

#### 24. La parole de l'enfant

Comme on l'aura compris, la situation personnelle de l'enfant est déterminante pour la justice des mineurs, qui lui accorde une place privilégiée dans toute la procédure. Cela étant, il est décisif de **prendre en considération la parole de l'enfant**. Pour l'autorité judiciaire chargée de trouver la réponse adéquate à tel comportement d'un mineur, le meilleur moyen de connaître l'auteur est la rencontre personnelle avec lui. Nous pouvons dire, sans risque de nous tromper beaucoup, que c'est dans le contact direct que le juge opère une bonne partie de son travail de connaissance de l'enfant. Le droit pénal des mineurs, au vu de ses objectifs, impose la rencontre du juge et du jeune et cette rencontre est probablement un élément central de la procédure. Cette exigence est l'une des justifications de l'union personnelle, dont il sera question plus loin; la parole de l'enfant ne peut pas être morcelée et les conditions pour la recevoir excluent une multiplication des "justiciants".

L'importance de cette confrontation n'est pas limitée à l'intérêt du juge de rencontrer le prévenu pour se faire une opinion personnelle, mais il s'étend au mineur qui va pouvoir rencontrer la loi, à travers la personne du magistrat, qui va être mis en face de son acte et de ses conséquences et qui va, ainsi, pouvoir prendre conscience de la portée de

son comportement. Cette rencontre ne doit absolument pas être escamotée et constitue un instant privilégié de la procédure. Entendre la parole de l'enfant nous paraît revêtir une importance fondamentale (22).

Le projet de LFCPM fixe d'ailleurs la nécessité pour l'autorité judiciaire d'entendre personnellement le mineur dans son article 38 al. 3 (23). Cette obligation fait écho au grand principe développé par la CDE dans son article le plus connu, l'article 12, qui fonde l'appellation de "l'enfant sujet de droit". Cet article est très explicite et prévoit :

- "1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de développement.
  
2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans les procédures judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale."

Il a beaucoup été écrit sur la parole de l'enfant (24) et il ne fait pas de doute que ces principes revêtent une grande importance pour le droit en général. Pour le droit pénal des mineurs, la comparution personnelle du mineur est un fait acquis en général et pose beaucoup moins de problèmes que dans le droit de la famille par exemple, ou dans les procédures administratives.

La procédure pénale doit donc prévoir la comparution personnelle des prévenus, ce qui pose la question des procédures par défaut et celle des procédures écrites. Ce point sera abordé plus tard, lors de l'examen des questions particulières de procédure (3ème partie).

## 25. La célérité de l'intervention

Pour les enfants et les adolescents, le temps n'est pas neutre. Il a une autre valeur, à tout le moins il est perçu différemment que le temps tel que nous autres les adultes l'appréhendons. Cela nous amène à évoquer le principe de la célérité de l'intervention. (25)

Il doit y avoir un lien d'immédiateté entre l'acte commis et la réaction sociale. En effet, l'enfant doit pouvoir saisir que l'intervention est liée à son agir. Le temps qui s'écoule favorise l'oubli et plus le jeune s'éloigne du moment où il a fauté, plus il a l'impression de gagner en impunité, donc de pouvoir se soustraire à la loi. Davantage même, si l'intervention est rapide et suit, dans des délais courts, l'acte, l'auteur se sentira "auteur" et l'intervention sera acceptée. En revanche, si l'intervention n'arrive que des mois après la commission de l'acte, l'enfant se sentira "victime" et l'intervention perçue comme injuste ou inappropriée.

A l'évidence, il y a un moment favorable à l'intervention judiciaire : celui de la première interpellation. Cet événement provoque une prise de conscience auprès du jeune et des siens et crée les conditions favorables à un changement. Nous pourrions appeler ce moment "la dynamique de l'interpellation". La célérité est donc l'une des conditions de l'intervention efficace de la justice des mineurs, peut-être aussi celle des adultes.

Deux éléments spécifiques aux mineurs doivent être mentionnés. Tout d'abord, les enfants et les adolescents n'ont pas la même notion du temps que les adultes. Pour eux, plusieurs mois paraissent une éternité. Ils supportent mal les délais et leur sens de l'immédiateté (la loi du "tout, tout de suite", souvent même à l'origine du délit) impose une réaction très rapide. Ensuite, les situations personnelles et les conditions qui ont influencé l'infraction se modifient très rapidement, beaucoup plus que chez les adultes où les processus de changement sont en principe terminés. Par définition, un enfant est un être en mutation et sa perception des événements change avec l'écoulement du temps. Sa

réalité physique et psychique et son entourage social se modifient. D'où la nécessité d'une réaction sociale inscrite dans le contexte le plus proche de l'acte.

Dès lors, une intervention lente n'est pas opportune et peut devenir complètement contre-indiquée. Elle risque aussi d'apporter une réponse déphasée, donc inopportune. Le souci de la réponse sociale rapide doit être permanent sous peine de permettre aux enfants de croire à l'indifférence, à l'impunité, voire à l'injustice.

## 26. Des garanties juridiques

Les principes dont nous avons fait état jusqu'à maintenant régissent prioritairement le droit matériel, soit le droit pénal des mineurs, et sont liés à ses objectifs spécifiques. Ils postulent donc des solutions différenciées, nuancées et différentes de celles des adultes, et une loi de procédure qui ne soit pas trop rigide et laisse une marge de manoeuvre aux autorités spécialisées. Néanmoins, il faut établir tout aussi clairement que le mineur a droit à des garanties juridiques et qu'il n'est pas livré, de manière injuste, à la toute puissance du juge.

L'évolution des droits de l'homme et celle des droits de l'enfant ont amené une prise de conscience, notamment sur le fait que l'intérêt de l'enfant ne pouvait justifier n'importe quelle limitation des droits de sa personne, selon un principe que les juges de la jeunesse se plaisent à rappeler : "on ne peut pas traiter un mineur plus mal qu'un adulte".

Ces garanties juridiques générales sont connues et accordées par la plupart des lois de procédure cantonales et ne posent guère de difficultés. Il faut citer ici la présomption d'innocence, le droit d'être informé des charges, le droit à être déféré devant une instance judiciaire, l'obligation d'informer les parents, le droit à être défendu, le droit à un interprète, le droit à bénéficier de voies de recours devant une instance supérieure.



Les grands textes internationaux pertinents s'étendent largement sur ces garanties générales. Les Règles de Beijing consacrent leur article 7 à ces droits, qu'elles considèrent comme les éléments essentiels pour un procès équitable. Reprises en grande partie par la CDE, ces règles figurent en bonne place à l'article 40 al. 2 litt. b ch. i à vii. Le fait que ces droits énoncés par les Règles de Beijing soient repris et développés dans la CDE, donnent à ces dispositions un caractère contraignant, donc qui s'impose aux Etats parties. La Loi Modèle n'est pas en reste et fixe ces mêmes droits dans plusieurs dispositions : ainsi le droit à un défenseur et à un interprète et l'obligation d'information des parents (art. 3.2-2), l'imposition de voies de recours (art. 3.2-28).

La nouvelle loi proposée au parlement relative aux mineurs délinquants (LFCPM) va également dans le même sens en prévoyant des règles de procédure, notamment celles relatives à la comparution personnelle, à la défense et à l'instauration de voies de recours. C'est dans l'idée d'obtenir une application uniforme d'un minimum de garanties juridiques que ces règles ont été incluses dans le projet de LFCPM (26).

Si ces garanties font l'objet d'un large consensus sur leur principe, par contre, il est certain que leur application concrète et leur interprétation n'est pas partout identique et que certains points devront être précisés, lorsque l'on abordera les questions spécifiques comme la question de la défense ou celle de l'instance impartiale par exemple.

#### 27. Une application par analogie

S'il est évident que les enfants ne peuvent pas être traités plus mal que les adultes, sauf à les maltraiter, et qu'un nombre de garanties minimales doivent leur être accordées, on ne peut pas sans autre affirmer qu'ils doivent se voir appliqués exactement les mêmes règles que les adultes. Cela serait nier leur différence et surtout les besoins qu'ils ont en propre, notamment le besoin de protection.

C'est pourquoi, tout d'abord, il faut rappeler le principe que les règles qui s'appliquent et aux adultes et aux enfants (partie générale du

CP par exemple) doivent l'être par analogie, c'est-à-dire en tenant compte de l'esprit et du but du droit pénal des mineurs. Il est souvent fait mention de la nécessité, à ce titre, de l'obligation de tenir compte, au moment de la décision, de l'âge et du degré de maturité de l'enfant. Ainsi des critères moins sévères doivent être retenus envers les mineurs. Cette obligation est rappelée dans la Loi Modèle, à son article 1.1-1 al. 2 : "Le système de la justice pour mineurs doit chercher le bien-être du mineur et faire en sorte que les réactions des autorités soient proportionnées aux circonstances propres du mineur et au délit". Cet article reprend presque textuellement l'article 5.1 des Règles de Beijing.

Le projet de LFCPM le prévoit d'ailleurs expressément à son article 1 al. 2, le message est explicite à ce sujet (27).

Ensuite, il est nécessaire de souligner qu'une certaine latitude doit être laissée aux juges, eu égard à la diversité des situations qu'ils examinent et à la variété des mesures qu'ils peuvent prendre, voire qu'ils doivent parfois improviser. Sans parler d'un pouvoir véritablement discrétionnaire comme le font les Règles de Beijing (28) et la Loi Modèle ("Eu égard aux besoins particuliers des mineurs, un pouvoir discrétionnaire destiné à mettre en oeuvre toutes les mesures possibles doit être prévu à tous les stades de la procédure") (29), nous pouvons évoquer ici le rôle prétorien que joue souvent la justice juvénile. Confrontée à des situations d'urgence, nécessitant des mesures immédiates, elle doit pouvoir conserver sa faculté de réagir sur le champ et de prendre les dispositions qui lui paraissent appropriées au cas ponctuel. Il est alors fait appel plus aux qualités personnelles et professionnelles des magistrats qu'à un cadre juridique étriqué. Cela n'empêche pas, bien sûr, le fait de respecter les règles élémentaires du droit et d'offrir aux justiciables la possibilité de se défendre contre des décisions qui s'écarteraient par trop des garanties juridiques minimales.

Cette revendication d'un droit prétorien et d'une application par analogie des dispositions de procédure ne vont pas contre un état de droit, mais manifestent le souci d'une intervention marquée du sceau du réalisme.

### Chapitre III : Propositions

28. En conclusion de cette première partie, nous pouvons dire qu'une unification, à tout le moins une harmonisation de la procédure pénale pour les mineurs en Suisse est opportune et devrait aller de pair avec une unification de la procédure pour les adultes.

La question de savoir si cette unification/harmonisation doit être englobée dans l'avant-projet du Professeur Schmid, comme un chapitre particulier, ou doit constituer une loi spéciale, distincte de celle des adultes, sera abordée à la fin du présent rapport.

29. Ce qui paraît en revanche clair à ce stade de notre examen, c'est que la démarche effectuée pour les mineurs doit tenir compte des standards internationaux éclos ces quinze dernières années et qui représentent plus qu'une source d'inspiration, mais réellement un corpus de droits contraignant.

Dans l'unification/harmonisation en vue, nous retiendrons comme base nécessaire les principes suivants :

1. Les autorités judiciaires des mineurs délinquants sont distinctes de celles des adultes.
2. Ces autorités judiciaires sont composées de personnes spécialisées, formées, ce à tous les stades de la procédure.
3. La personnalité de l'enfant intéresse l'autorité judiciaire tout autant que l'acte commis.
4. Les parents et les représentants légaux, voire les services impliqués, doivent pouvoir participer à la procédure.
5. L'intervention pénale doit se limiter au strict nécessaire.
6. La parole de l'enfant est un élément central du procès.

7. La célérité de l'intervention doit être un souci permanent de l'autorité judiciaire.
8. Les mineurs délinquants ont droit à des garanties juridiques minimales dans la procédure pénale.
9. Les règles de procédure pénale des adultes, applicables aussi aux mineurs délinquants, doivent l'être par analogie, en tenant compte de l'esprit et des objectifs du droit pénal des mineurs.

DEUXIEME PARTIE : LES AUTORITES JUDICIAIRES

30. L'article 369 CP actuel établit que "les cantons désignent les autorités compétentes pour le traitement des enfants et des adolescents". Le moins que l'on puisse dire en la matière, c'est que cette liberté laissée aux autorités cantonales d'établir leurs instances judiciaires a été utilisée de manière large. En effet, nous pouvons presque dire qu'il y a en Suisse vingt-six systèmes de juridictions pénales des mineurs, tant les nuances de chaque organisation sont subtiles et ne permettent pas une catégorisation absolue. De plus, entre ce que disent les textes et la pratique réelle du quotidien, il y a encore des divergences importantes qui rendent la compréhension du fonctionnement de chaque système délicate.

Seul un examen minutieux de chaque loi cantonale de procédure et d'organisation judiciaire permettrait d'avoir une vue complète des différents mécanismes mis en place par les cantons. Faute de temps, nous nous sommes contentés d'une vue à haute latitude des textes fournis aimablement par les chancelleries, cette vue ayant été précisée, lorsque le besoin s'en faisait sentir, par des entretiens directs avec les praticiens, juges des mineurs.

De cette manière, il est possible de traiter la question, en abordant six points qui paraissent particulièrement importants pour la compréhension des systèmes mis en place et l'éventuel choix d'un système unique pour toute la Suisse. Tout d'abord, il faut décrire les deux systèmes principaux (le système Jugendanwalt et le système Juge des mineurs) et aborder les systèmes particuliers. Dans un deuxième temps, il sera question du rôle du Ministère public, du délicat problème de l'union personnelle et de celui du Juge des mesures de contrainte. Des propositions termineront cette partie.

## Chapitre I : Le système Jugendanwalt

31. Ce modèle est surtout répandu en Suisse alémanique (avec plusieurs exceptions, dont celle notable du canton de Berne). Pour mieux appréhender le fonctionnement de la Jugendanwaltschaft, il convient de procéder selon les phases suivantes :

- a) l'instruction est confiée à un magistrat, nommé Jugendanwalt, qui appartient à une instance judiciaire appelée Jugendanwaltschaft. Ce magistrat a la double charge d'établir les faits (existence ou non d'une infraction) et de cerner la personnalité de l'auteur de cette éventuelle infraction. Pour la première tâche, il reçoit l'aide de la police (gendarmerie ou police judiciaire), pour la seconde, celle des services sociaux qui sont parfois directement rattachés à la Jugendanwaltschaft;
- b) après avoir effectué cette première opération, le Jugendanwalt, soit libère le prévenu (classement, non-lieu ou acquittement), soit retient l'existence d'une infraction et doit alors passer à la phase du jugement;
- c) le jugement est de la compétence ou du Jugendanwalt lui-même ou du Tribunal ordinaire qui siège en qualité de Jugendgericht.

Pour les infractions banales, sans gravité marquée ou celles qui n'entraînent que des sanctions dites disciplinaires voire des mesures éducatives ambulatoires, c'est le Jugendanwalt qui juge comme juge unique, en audience simplifiée.

Pour les infractions qui revêtent une certaine gravité et notamment celles qui peuvent amener à une privation de liberté supérieure à une certaine durée (par exemple plus de 14 jours ou plus de 30 jours) ou un déplacement du milieu familial (par exemple placement dans une institution), le Jugendanwalt doit établir une décision de renvoi de la cause devant un tribunal ordinaire qui prend le nom de Jugendgericht (mais qui est formé

des membres du Tribunal de district par exemple) et va soutenir la cause devant cette instance, agissant alors à la fois comme une sorte d'accusateur public (qui soutient son acte de renvoi) et comme une sorte de défenseur (qui expose la situation personnelle du prévenu et qui demande telle proposition de mesure éducative ou telle sanction). La décision appartient alors au Jugendgericht, qui n'est pas une instance spécialisée, mais où siègent en général des juges professionnels. Ce tribunal siège alors en audience ordinaire, mais en appliquant les règles de procédure particulières réservées aux mineurs;

- d) l'exécution des décisions prises par le Jugendanwalt ou par le Jugendgericht appartient au Jugendanwalt qui est déjà intervenu précédemment. Pour les mesures éducatives, cela revêt une importance particulière, car la plupart du temps elles ont déjà été mises en action, à titre provisoire, dans la phase de l'enquête de personnalité. Pour cette exécution, le Jugendanwalt dispose le plus souvent de son propre service social ou d'un service officiel administratif, rattaché à l'administration cantonale.

32. Ce système est notamment appliqué par les cantons d'Argovie (30), Appenzell AR (31), Bâle-Campagne (32), Glaris (33), Grisons (34), Lucerne (35), Nidwald (36), Obwald (37), St-Gall (38), Schaffouse (39), Schwyz (40), Soleure (41), Uri (42), Zoug (43) et Zurich (44).

33. C'est donc dire qu'une grande partie de la Suisse alémanique s'est ralliée à ce système. Il a été précisé que de nombreuses nuances devaient être apportées à cette généralisation. Ces nuances portent surtout sur la limite de la compétence du Jugendanwalt jugeant comme juge unique. Dans certains cantons, une limite est fixée au montant de l'amende (par exemple 300 fr. à Lucerne, 500 fr. à Zurich et à Schaffouse ou 1000 fr. à Nidwald) ou à la durée de la peine privative de liberté encourue (par exemple 14 jours à Appenzell AR, à Schaffouse et à Zurich et 1 mois à St-Gall, à Nidwald et Lucerne, alors que la limite est à 3 mois à Zoug).

D'autres différences résident aussi dans l'exécution des peines et mesures. Celle-ci ne revient pas toujours au Jugendanwalt comme à Argovie, Bâle-Campagne, Lucerne, St-Gall, Schaffouse, Soleure (sauf pour les amendes) ou Zurich, mais peut être attribuée à la compétence d'une autorité administrative, ainsi l'Office cantonal des mineurs à Glaris ou aux Grisons ou au Département de la police (à Zoug, par exemple).

Il faut ajouter encore que des différences de fonctionnement doivent être relevées dans l'intervention face à la catégorie des enfants (7 - 15 ans) où certains cantons connaissent encore la compétence d'autorités administratives (et non judiciaires) pour ces jeunes prévenus. Ainsi, le canton d'Argovie confie l'instruction des causes des enfants aux autorités scolaires, alors que les réponses aux délits peuvent être du ressort du conseil d'école (pour les punitions disciplinaires), du Jugendanwalt (pour la mesure d'assistance éducative) ou du Jugendgericht (pour les autres mesures éducatives : placement institutionnel et familial, traitement spécial) (45). Le canton des Grisons confie aussi la compétence d'instruction pour les prévenus enfants qui commettent des infractions aux autorités scolaires de la commune du domicile et donnent la compétence de sanctionner ces enfants aux mêmes autorités scolaires. Dès lors, l'exécution sera menée par le Département de Justice et Police, en collaboration avec l'autorité scolaire qui est intervenue (46). Le canton de Schwyz se trouve dans une situation proche des Grisons, en ayant opté pour une autorité différenciée enfants/adolescents. Avec les plus grands, nous sommes dans un système Jugendanwalt, avec les plus jeunes, dans un système de protection (Kinderschutzkommission), de type administratif.

Les exceptions risquant d'être plus nombreuses que la règle, il faut arrêter là cette énumération. Le lecteur aura ainsi compris les difficultés rencontrées à faire une catégorisation abrupte des modèles en droit pénal des mineurs suisse.



## Chapitre II : Le système Juge des mineurs

34. Il s'agit du modèle qui a été choisi par les cantons romands (sauf Neuchâtel) et le canton de Berne (et, pour l'esprit, récemment par la canton de Thurgovie). En respectant la même présentation que pour le modèle Jugendanwaltschaft, nous obtenons les données suivantes :

- a) l'instruction est confiée à un magistrat, nommé le Juge des mineurs (voire Juge-informateur dans les cantons de Vaud et de Fribourg), qui appartient à une institution nommée Tribunal des mineurs (ou Tribunal de la jeunesse à Genève ou Chambre pénale des mineurs à Fribourg). Ce juge a la double charge d'établir les faits (existence ou non d'une infraction) et de cerner la personnalité de l'auteur de cette éventuelle infraction. Il reçoit l'aide de la police (gendarmerie ou police judiciaire pour la première tâche et celle des services sociaux pour la seconde). Parfois le Tribunal des mineurs possède son propre service social, parfois il s'agit d'un embryon de service social, les juges faisant alors appel aux services administratifs de protection des mineurs pour les seconder;
- b) après avoir effectué cette première opération, le Juge des mineurs, soit libère le prévenu (classement, non-lieu, acquittement), soit retient l'existence d'une infraction et doit alors passer à la phase du jugement.

Nous pouvons dire que dans ces deux premières phases, les deux systèmes divergent peu, le Juge des mineurs ou le Jugendanwalt effectuant un travail très semblable et possédant des compétences quasi-identiques;

- c) le jugement est de la compétence ou du Juge des mineurs lui-même ou de la compétence du Tribunal des mineurs, tribunal spécialisé, distinct de toute autre instance des adultes.

Pour les infractions peu graves ou celles qui n'entraînent que des sanctions dites disciplinaires voire des mesures éducatives

ambulatoires, c'est le Juge des mineurs qui prend la décision comme juge unique, en audience simplifiée (dans ce cas-là le magistrat instructeur ou informateur se mue en juge).

Pour les infractions qui revêtent une certaine gravité et notamment celles qui peuvent amener à une privation de liberté supérieure à une certaine durée (par exemple plus de 14 jours ou plus de 30 jours) ou un déplacement du milieu familial (par exemple placement dans une institution), le Juge des mineurs est amené à établir une décision de renvoi de la cause devant le Tribunal des mineurs qui sera présidé par le Juge des mineurs, assisté de deux assesseurs dans la règle; ces assesseurs ne sont pas des magistrats professionnels, mais sont des juges laïcs choisis pour leur intérêt particulier dans la matière, et pour leurs connaissances spécifiques du domaine de la protection de l'enfance. Certaines lois prescrivent leur formation, par exemple médecin, pédagogue, etc. La décision appartient alors au Tribunal des mineurs qui est une instance spécialisée et qui applique les règles de procédure particulières réservées aux mineurs.

C'est surtout dans cette phase de l'intervention du Tribunal des mineurs que le système diverge. Le magistrat qui a mené l'enquête intervient comme président de l'instance qui tranche et le tribunal est spécialisé;

- d) l'exécution des décisions prises par le Juge des mineurs ou par le Tribunal des mineurs appartient au Juge des mineurs qui est déjà intervenu précédemment. Comme dans le système Jugendanwaltschaft, cela revêt une importance particulière en matière de mesures éducatives, car, la plupart du temps, celles-ci ont déjà été mises en oeuvre à titre provisoire dans la phase de l'enquête de personnalité. Pour cette exécution, le Juge des mineurs dispose le parfois de son propre service social ou alors fait appel à un service officiel administratif, rattaché à l'administration cantonale (Office cantonal de mineurs, Service de protection de la jeunesse).

35. Ce que l'on peut dire par rapport à ce système comparé au précédent, c'est qu'il y a une plus grande unité de l'intervention et une concentration importante du pouvoir décisionnel dans la personne du juge des mineurs. On peut aussi indiquer que l'on reste, dans cette conception, fidèle au principe de la spécialisation des instances, puisque le Tribunal des mineurs est une instance distincte de celles mises en place par la justice ordinaire. Même si les juges assesseurs sont laïcs, ils doivent être choisis en fonction de critères objectifs liés à leurs expériences professionnelles ou à leurs connaissances particulières de la matière. Des règles de formation continue sont, en plus, souvent établies pour eux. Il n'y a pas dans ce système une rupture du processus d'intervention, comme dans le système précédent.

36. Cette précision doit cependant être nuancée; en effet, dans le 90 % des cas, le Juge des mineurs et le Jugendanwalt font exactement le même travail, puisqu'ils connaissent comme juges uniques des infractions non graves ou ne devant pas entraîner un déplacement du milieu familial. Le quotidien de la justice pénale des mineurs en Suisse est, en effet, constitué d'infractions peu importantes du point de vue des faits et qui entraînent une réponse sous forme de punitions disciplinaires (réprimande des art. 87 et 95 CP, travail d'intérêt général des mêmes articles, amende de l'art. 95 CP et renonciation à toute sanction des art. 88 et 98 CP); ce type de réponse est de la compétence du Jugendanwalt, comme du Juge des mineurs (47). En ajoutant les peines de détention jusqu'à 30 jours pour adolescents (art. 95 CP) et la mesure éducative ambulatoire (assistance éducative des art. 84 et 91 CP) qui sont également placés en général dans la compétence du Juge des mineurs (48), on constate que l'intervention du Juge des mineurs/Jugendanwalt, identique dans les deux systèmes, concerne bel et bien le 92 % de toutes les interventions. Cette précision est donc de taille.

37. Le système du Juge des mineurs est celui qui a été choisi par les cantons de Berne (49), Fribourg (50), Genève (51), Jura (52), Valais (53) et Vaud (54).

38. Comme pour le système du Jugendanwalt, il y a des nuances dans l'application de ces systèmes qui touchent également la compétence du

juge unique ou du Tribunal des mineurs, relativement à la durée de la peine encourue. Berne a également instauré un double Tribunal des mineurs : le Tribunal composé du président et de deux juges assesseurs (Chambre à trois juges) et la Chambre à cinq juges pour les cas très graves où le Juge des mineurs fonctionne comme président, assisté d'un juge professionnel provenant de la justice ordinaire, d'un juge laïc et de deux juges assesseurs de la justice des mineurs. Cette formation à cinq est indiquée pour les infractions très graves (crimes de sang), lorsque le placement pour 2 ans au moins est envisagé (art. 91 ch. 2 CP) ou lorsque le prévenu est passible de plus de 6 mois de détention (55).

Par rapport aux enfants, Genève a également mis en place un système d'intervention particulier, puisque l'autorité d'instruction pour les prévenus de moins de 15 ans est le directeur du Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ, qui est un service administratif); ce même directeur intervient dans la phase du jugement puisqu'il est l'autorité de jugement pour les infractions commises par les enfants, sauf celles qui peuvent conduire à un placement et qui sont alors déférées au Tribunal de la Jeunesse, autorité compétente pour les adolescents et instance judiciaire spécialisée. Pour l'exécution des décisions prises à l'égard des enfants, l'on retrouve le directeur du SPJ (56).

Le canton de Vaud (d'autres cantons peut-être aussi) a laissé une compétence au Préfet de chaque district pour les contraventions. Dans la pratique, ces contraventions sont dénoncées au Tribunal des mineurs, qui se dessaisit de la procédure en faveur de l'autorité de répression des contraventions des adultes et qui siège dans chaque district. Le Tribunal des mineurs garde toutefois la procédure, lorsqu'il s'agit de mineurs dénoncés qui sont déjà connus de l'instance ou lorsque les actes commis pourraient conduire à prononcer une mesure éducative (57).

### Chapitre III : Les systèmes particuliers

39. Il ne faut pas prendre le qualificatif de particulier pour péjoratif; il indique seulement des systèmes qui ne peuvent pas être

placés, sans trop les trahir, dans les deux grands systèmes présentés ci-dessus. Il s'agit des systèmes cantonaux mis en place à Neuchâtel, Appenzell RI, Thurgovie et Bâle-Ville. Ils ont tous des points communs avec l'un ou les deux systèmes mentionnés et nous essaierons de mentionner ces parentés. Mais ils diffèrent aussi passablement de ces modèles, raisons de leur particularisme.

40. Le canton de Neuchâtel a un système original, probablement inspiré historiquement de l'institution française du juge des enfants. En effet, en France depuis l'ordonnance de 1945 instituant un droit des mineurs détaché du droit de adultes, les tâches de protection de l'enfance et de poursuite des infractions pénales commises par les mineurs ont été confiées à une seule et même autorité : le Juge des enfants (58). Ce système à "double casquette" existait aussi en Belgique jusqu'en 1991, mais a été réformé, pour un système qui distingue clairement mineurs en danger et mineurs délinquants.

Dans le canton de Neuchâtel, on a estimé utile de confier les tâches de protection et de poursuite pénale à une même autorité : l'autorité tutélaire, qui est organisée sur le plan du district et qui est présidée par un juge professionnel, le président de l'autorité tutélaire (59).

Si nous reprenons les fonctions judiciaires, nous nous rendons compte des éléments suivants :

- la phase de l'instruction est menée par le président de l'autorité tutélaire qui agit comme un Juge des mineurs ou un Jugendanwalt, avec mission d'enquêter tant sur les faits que sur la personne;
- au terme de l'instruction, le président de l'autorité tutélaire peut juger, comme juge unique, toutes les infractions et prononcer toutes les peines et toutes les mesures prévues par le CP, sauf le placement. En cas de placement, il doit alors renvoyer la cause devant l'autorité tutélaire pénale, chambre collégiale de trois personnes, qu'il préside et composée à part

lui de deux assesseurs, juges laïcs qui sont aussi les assesseurs de l'autorité tutélaire civile; du fait de la seule compétence pour les cas de placement, l'autorité tutélaire pénale pour les mineurs siège très peu;

- l'exécution des mesures et sanctions décidées par lui ou par la chambre collégiale appartient au président de l'autorité tutélaire, qui a alors recours à l'Office cantonal des mineurs et des tutelles pour l'aider à mettre en application les décisions.

Nous pouvons dire ici que le président de l'autorité tutélaire, lorsqu'il agit au pénal, agit comme un Juge des mineurs.

Ce qui est original, c'est que le même juge peut intervenir pour le même mineur, au civil et au pénal; il peut très bien se faire qu'un enfant déjà sous une mesure de protection commette un délit. Le juge pourra alors s'appuyer sur la mesure civile en cours pour renoncer à une mesure pénale et infliger une punition disciplinaire. Le cas inverse peut se produire, où une infraction commise peut amener au prononcé d'une mesure civile, si celle-ci paraît plus opportune que la mesure éducative du CP, notamment si d'autres membres de la famille doivent être visés.

L'avantage à mettre au crédit de ce système, c'est une vue d'ensemble de la part de l'autorité tutélaire de tous les problèmes de la jeunesse et une possibilité d'action unique et concertée; tel que le demande l'article 317 CC et comme le suggère l'article 19 nouveau proposé par la LFCPM. Le système en vigueur dans les autres cantons ne le permet guère, à tous les cas ne le facilite pas. Mais il faut bien admettre que la conjonction de toutes les compétences civiles et pénales dans les mains d'un même magistrat soulève des problèmes de garanties juridiques accordées aux justiciables juvéniles et à leurs familles. C'est le revers de la médaille.

41. Dans le canton d'Appenzell RI, nous nous trouvons également devant un système particulier, puisque l'autorité de la poursuite pénale est en grande partie une autorité administrative : le Jugendsekretariat

(littéralement, le secrétariat à la jeunesse) qui s'occupe tout aussi bien de l'instruction des infractions commises par les enfants et les adolescents et de l'exécution des mesures et sanctions prononcées. Par contre l'autorité de jugement est l'autorité tutélaire civile, qui a alors des compétences pénales : lorsque cette autorité de protection tranche au pénal, elle prend alors le nom de Jugendgericht (Tribunal des mineurs) (60).

Il y a donc une légère ressemblance dans ce système avec le modèle neuchâtelois puisque l'autorité tutélaire a une double compétence civile et pénale pour les mineurs. Les mêmes avantages peuvent être cités qu'à Neuchâtel; mais dans ce système, certainement très bien adapté à la réalité locale, il n'y a pas d'intervention d'une autorité judiciaire, ni dans la phase de l'enquête, ni dans celle de l'exécution.

42. Le canton de Thurgovie a modifié son système récemment (le 18.12.1996 avec entrée en vigueur le 1.9.1997) passant d'un système Jugendanwalt classique à un système original où le Jugendgericht (chambre collégiale) a été supprimée. Le Jugendanwalt cumule sur sa personne toutes les compétences d'instruction, de jugement et d'exécution, sans devoir en référer au Tribunal des mineurs, ni à une autre autorité quelque soient la mesure prononcée ou la peine encourue. Le Ministère public n'intervient pas et il n'existe pas de Haftrichter.

Nous sommes, dans ce cas de figure, dans la situation d'une concentration complète de la fonction de magistrat de la jeunesse sur une seule personne. C'est donc proche du système Juge des mineurs, mais en allant jusqu'au bout de cette logique et sans laisser la possibilité de l'examen des causes les plus sérieuses à une chambre collégiale.

Il semble que les raisons qui ont amené ce canton à élire ce système sont d'ordre économique et pratique au moment de devoir réformer l'organisation judiciaire. Il a été préféré ce modèle, plutôt qu'un modèle Jugendanwalt, partiellement spécialisé, devant fonctionner avec des tribunaux de district peu habitués aux causes des mineurs délinquants. Le jugé en charge se félicite de cette modification.

43. A Bâle-Ville le système est de type Jugendanwalt, avec une parenté pour la variante Neuchâtel, mais il se distingue de ces deux modèles (61). L'autorité compétente pour les mineurs est le Jugendanwalt, qui intervient dans la phase de l'instruction et dans celle du jugement, mais pas dans celle de l'exécution. En plus de la poursuite pénale, le Jugendanwalt a également des compétences pour entendre les victimes d'infractions contre l'intégrité sexuelle et les témoins, lorsqu'ils sont mineurs.

Dans la phase de l'instruction, le Jugendanwalt établit les faits et les éléments de la personnalité. Il dispose directement de la brigade de la police spécialisée en matière de criminalité juvénile, qui lui est rattachée. Dans ce rôle, il est l'égal du Ministère public pour les majeurs, mais spécialisé en criminalité juvénile. Il dispose également d'un service social qui lui est soumis administrativement.

Au terme de l'enquête, le Jugendanwalt a des compétences comme juge unique (réprimande, prestation de travail, renonciation à toute sanction, amende et détention jusqu'à un mois). Dès que la peine encourue est supérieure à cette limite ou dès qu'il est question d'une mesure éducative, notamment un déplacement du milieu familial, la cause est renvoyée devant le Jugendrat (littéralement, conseil de la jeunesse) qui fait office de Tribunal des mineurs et qui peut siéger dans deux compositions : soit à trois juges avec compétence pour les mesures éducatives ambulatoires et la détention jusqu'à six mois; soit à cinq juges avec compétence pour les mesures qui impliquent un déplacement du milieu familial et la détention, lorsqu'elle est supérieure à six mois. Le président du Jugendrat est alors un juge professionnel assisté de deux ou quatre assesseurs. Ce juge n'est pas spécialisé uniquement dans le domaine de la délinquance juvénile, mais c'est un juge qui s'occupe des différents domaines de protection et qui a une sensibilité particulière.

Ce qui l'apparente au système neuchâtelois est que le Jugendrat est un Tribunal qui a des compétences civile et pénale. Comme instance civile, il prend le nom de Jugendschutzkammer et agit comme autorité tutélaire. Comme instance pénale, il s'appelle alors Jugendstrafkammer et



agit comme un Jugendgericht. C'est donc la même instance qui connaît de tous les problèmes de protection des mineurs, qu'ils soient délinquants ou en danger.

Comme devant le Jugendgericht, le Jugendanwalt doit comparaître devant le Jugendrat pour soutenir l'accusation et la proposition de mesure ou de sanction qu'il va présenter. Il agit alors comme représentant du Ministère public.

Pour l'exécution, celle-ci ressort exclusivement de l'autorité tutélaire. Le Jugendrat se réserve le droit de donner des indications sur l'institution à placer le mineur, lorsqu'il s'agit d'un placement institutionnel, mais il peut renoncer à ce droit.

A noter que ce canton, dans sa nouvelle loi a renoncé à instituer le Juge des mesures de contrainte (Hafttrichter), pour des motifs à la fois économiques et de doctrine (difficulté à séparer nettement les raisons traditionnelles de la détention préventive de celles liées à l'examen de personnalité).

Dans le canton de Bâle-Ville, nous nous trouvons devant un système mixte où une césure a été opérée avec la question de l'union personnelle, puisque l'exécution a été délibérément confiée à un autre organisme que la Jugendanwaltschaft, soit l'autorité tutélaire. On peut penser que c'est l'un des cantons qui s'écarte le plus du système Juge des mineurs, tout en ne se calquant pas non plus sur le modèle classique "Jugendanwaltschaft". Il réalise par contre une autre union, celle de la matière entre droit civil et droit pénal devant la chambre collégiale.

44. Il est intéressant, entre les deux modèles et les modèles particuliers, de noter qu'il y a des changements législatifs en cours. En effet, le canton du Tessin est en train de réformer son système et les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1.3.2000 (62). En bref, le nouveau système s'écarte de l'ancien, qui était un modèle "Juge des mineurs", pour se rapprocher d'un modèle "Jugendanwalt".

Dans la phase de l'enquête, le Magistrato dei minorenni enquête sur les faits et la personnalité. Au terme de son enquête il peut, comme juge unique, prononcer toutes les mesures et toutes les peines prévues par le CP. S'il estime cependant que le cas est grave (appréciation subjective, sans critères objectifs exprimés par la loi), il rend une décision de renvoi devant le Consiglio dei minorenni, qui est une chambre à trois juges présidée par un juge professionnel non spécialisé, accompagné de deux assesseurs (devant être issus de la psychiatrie, la psychologie ou la pédagogie). Le Magistrato dei minorenni comparaît alors devant cette instance pour soutenir l'accusation et demander l'application de telle mesure ou peine. L'exécution des mesures revient au Magistrato dei minorenni, qui fait appel aux services sociaux officiels.

Le Tessin a donc penché vers un modèle Jugendanwalt assoupli. Il a également passablement modifié sa pratique, en décidant l'application aux mineurs du code de procédure valable pour les adultes, en l'absence d'une dérogation expresse favorable aux mineurs. Dans la foulée, il a soumis le contrôle de la détention préventive des mineurs au Juge des mesures de contrainte. Le motif de cette introduction d'un juge des mesures de contrainte, séparé du système de la justice des mineurs, doit être recherché dans l'augmentation importante de la criminalité organisée dans ce canton, avec l'implication des mineurs, notamment comme dealers ou transporteurs de drogues. Cette situation semble bien particulière au Tessin, canton limitrophe (une situation particulière prévaut à Genève).

45. Le canton de Fribourg a décidé également d'opérer des modifications dans la procédure pénale applicable aux mineurs, mais n'a pas jugé utile de procéder à des changements dans l'organisation judiciaire, restant très clairement attaché au modèle Juge des mineurs. La démarche fribourgeoise est intéressante dans le sens que ce canton a choisi, contrairement à la majorité des autres cantons, de régler de manière exhaustive la procédure pénale des mineurs, en mettant en application un code de 238 articles. Ce code qui est encore à l'état d'avant-projet, tient compte des grands standards internationaux et du développement du droit des mineurs. Il est, à plusieurs titres, exemplaire (63).

#### Chapitre IV : La place du Ministère public

46. Il a peu été question jusqu'à maintenant du Ministère public et de son rôle dans les instances judiciaires spécialisées pour les mineurs. Et pour cause, tous les systèmes adoptés laissent une place restreinte à cette partie.

D'une manière générale, nous pouvons dire que le rôle du Ministère public en droit pénal des mineurs en Suisse est un rôle secondaire, la place principale étant occupée par le Jugendanwalt/Juge des mineurs, éventuellement par le Jugendgericht/Tribunal des mineurs. Si nous reprenons les phases de l'intervention judiciaire, nous remarquons que :

- la saisine des autorités d'instruction se fait en général par elles-mêmes, sans intervention du Ministère public, sauf dans le canton de Neuchâtel où le Ministère public saisit l'autorité tutélaire, avant de "disparaître"...;
- l'instruction est effectuée par le magistrat spécialisé désigné à cet effet, voire par l'autorité administrative, sans implication du Ministère public. Ce dernier est soit complètement ignoré (par exemple Tessin, Genève, Neuchâtel, Thurgovie), soit tenu au courant uniquement des affaires graves où l'instruction est délicate (ainsi Fribourg, Valais, Berne), soit reçoit copie des principaux actes d'instruction. Nous ne connaissons pas de canton où il intervient directement dans l'instruction;
- à la clôture de l'instruction, le Ministère public soit ne reçoit rien du tout (Genève, Tessin par exemple), soit reçoit pour information les décisions de libération, de classement par opportunité (là où cela existe) et les actes de renvoi devant le Jugendgericht/Tribunal des mineurs pour information (Neuchâtel, Fribourg par exemple), voire pour prise de position (visa ou possibilité de recourir) comme à Berne ou Zurich;
- lors du jugement du Jugendanwalt/Juge des mineurs agissant comme juge unique, le Ministère public n'intervient jamais. Il peut

recevoir les décisions (Berne, Zurich, Vaud par exemple) et s'y opposer, mais un recours de sa part est fait rarissime;

- lors du jugement du Jugendgericht/Tribunal des mineurs agissant comme chambre collégiale, le Ministère public peut intervenir, mais n'intervient en général pas du tout. Il a la position de partie, mais y renonce la plupart du temps, sauf si la loi lui en fait l'obligation, comme à Fribourg, lors de cas d'instruction qualifiée. Certains cantons (notamment Genève et Valais) ont passé des accords verbaux avec le Ministère public pour le faire comparaître en audience de Tribunal, lorsque l'affaire est particulièrement grave ou lorsque le Juge des mineurs en ressent la nécessité, pour obtenir un procès équilibré où il ne doit pas jouer tous les rôles. Selon un rapide tour d'horizon de la pratique, il s'avère que le Ministère public ne comparaît jamais systématiquement (aucun canton) et que ses apparitions en audience sont du domaine de l'exception et se bornent à des affaires extrêmement graves. Par contre, le Ministère public reçoit en règle générale les décisions des tribunaux siégeant à trois, voire cinq juges et peut y faire recours. L'usage de cette faculté est lui aussi exceptionnel;
- la phase de l'exécution des décisions du juge unique ou du tribunal échappe, dans la règle, complètement au Ministère public.

47. Certains grands cantons ont instauré un service de Ministère public spécialisé : Berne avec un Procureur général des mineurs, Zurich et St-Gall avec un Jugendstaatsanwalt. Il s'agit alors d'un organisme centralisé qui effectue un travail de contrôle de l'activité des Juges des mineurs/Jugendanwälte et qui centralise les informations et passe des consignes aux juges uniques ou aux tribunaux. Il ne remplit pas véritablement un office de ministère public, mais un office d'autorité de surveillance et de contrôle des décisions.

48. Si nous essayons de comprendre la fonction du Ministère public devant les instances des mineurs, nous devons conclure qu'il s'agit d'un

garde-fou qui examine les actes posés par la justice juvénile, tout en lui faisant une grande confiance. Le Ministère public intervient plus à titre d'autorité de surveillance ou comme bouée de sauvetage, lorsque le Juge des mineurs/Jugendanwalt fait appel à lui. Il apparaît de manière assez évidente que si le Ministère public s'est cantonné dans ce rôle, c'est que la multiplication des intermédiaires entre l'enfant et le juge constitue une perte énorme pour la connaissance de la personne du prévenu. Par l'intervention du Ministère public ou du défenseur, la parole sincère et véritable de l'enfant risque de devenir purement formelle.

Nous pouvons aussi admettre que cette pratique est générale en Suisse et s'explique certainement par le haut degré de spécialisation de la matière traitée et des magistrats qui en sont chargés. Un Ministère public actif et véritablement partie ne pourrait se concevoir que lui aussi spécialisé, ce qui a paru aux législateurs cantonaux comme une mesure excessive, non seulement du point de vue de l'organisation judiciaire et de ses coûts, mais aussi du point de vue de la stigmatisation supplémentaire de l'intervention vis-à-vis des jeunes prévenus. La sagesse et le réalisme ont primé le rôle traditionnel des parties au procès.

#### Chapitre V : Le problème délicat de l'union personnelle

49. Lors des présentations des modèles judiciaires choisis par les cantons, une constante nous a frappés : dans tous les systèmes choisis, il y a un cumul des fonctions judiciaires qui peut être complet dans les cas où le juge intervient comme juge unique (instruction, jugement, exécution), quasi-complet lorsque le juge unique siège comme Président de l'autorité collégiale, ou partiel lorsque le Jugendanwalt siège comme accusateur-défenseur devant le Jugendgericht, mais ayant concentré ses pouvoirs dans la phase de l'instruction et celle de l'exécution. Même dans le système de Bâle-Ville qui comporte une rupture entre instruction-jugement et exécution, le Jugendanwalt comme juge unique (90 % des cas) réalise partiellement le cumul des fonctions judiciaires.

Il se pose ici la délicate question dite de "l'union personnelle", soit du rôle central attribué au juge. A ce sujet, nous parlerions plutôt du principe dit de "l'unité de traitement du mineur", montrant bien ainsi l'unicité et la permanence de l'intervention. Cette question est fortement controversée. Certains auteurs, partisans d'un système juridique légaliste, reconnaissent aux garanties individuelles un rôle déterminant. D'autres, mettent l'esprit et l'objectif de la loi au premier plan et admettent un intérêt général primant l'intérêt particulier (cf. à ce sujet, SJ 1988 p. 113 ss et 465 ss).

50. Le problème soulevé est de savoir si, en droit pénal des mineurs, le fait d'intervenir à plusieurs stades de la procédure constitue une lésion du droit à un juge impartial tel qu'énoncé à l'article 6 par. 1 CEDH. Répondre affirmativement à cette question revient à conclure à l'incompatibilité de l'exercice par une même personne des fonctions d'instruction, de jugement et d'exécution, donc à condamner tous les systèmes judiciaires pour les mineurs en Suisse. Répondre négativement à cette question équivaut alors à permettre à ces instances de continuer à pouvoir fonctionner. Au moment où nous nous posons la question de l'unification de la procédure pénale et d'une certaine harmonisation des systèmes, ce point est en effet central.

Cette question a été longtemps ignorée par le TF pour les mineurs, alors qu'elle a été clairement déterminée pour les adultes (64), notamment après le célèbre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt de Cubber) (65).

Par contre elle a été tranchée par une instance cantonale à Genève (arrêt du 29.4.1988 de la Cour de cassation) qui a rencontré aussi bien l'approbation que la désapprobation (cf. supra, SJ 1988 p. 113 ss et 465 ss). Cet arrêt a fortement marqué tout le monde de la justice juvénile suisse et a été fortement critiqué, en ce qu'il concluait à l'incompatibilité du cumul des fonctions judiciaires en droit pénal des mineurs.

Après l'arrêt Nortier (voir ci-dessous ch. 51), la Cour de cassation pénale du canton de Fribourg a eu l'occasion de se pencher sur un recours

motivé par la violation de l'article 6 par. 1 CEDH, du fait que le juge-informateur fribourgeois, qui avait mené l'instruction in casu, avait ensuite aussi présidé la Chambre pénale (cour collégiale à trois juges). Ce recours a été écarté motif pris que la jurisprudence de la Cour européenne depuis l'arrêt Nortier tolère généreusement l'implication antérieure du juge du fonds et que la question de principe de l'applicabilité de l'article 6 CEDH sur la procédure des mineurs perd de son importance au vu de l'évolution récente de la jurisprudence (66).

51. L'argument qui s'oppose au principe du cumul des fonctions judiciaires réside dans le fait que l'intervention du même magistrat à plusieurs stades de la procédure pourrait donner à penser que le justiciable ne jouira pas d'un traitement équitable et impartial. La Convention européenne des droits de l'homme a posé, sans la définir, la notion d'incompatibilité. Il convient donc de se reporter à la jurisprudence qu'en a dégagé la Cour. Or, si la Cour a jugé à plusieurs reprises que dans des affaires où un même juge avait instruit et jugé successivement, le principe d'impartialité avait été violé, cela a toujours été dans des affaires d'adultes. Par ailleurs, la Cour n'a jamais jugé que le fait de cumuler des fonctions constituait une incompatibilité fonctionnelle, donc une partialité. Ainsi dans un arrêt Hauschildt (24 mai 1989) (67), la Cour a précisé que le fait "qu'un juge de première instance ou d'appel ait déjà pris des décisions avant le procès [...] ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité".

52. Mais la Cour européenne a été saisie de cette question et a rendu une très célèbre décision, l'arrêt Nortier (68). L'affaire concernait un ressortissant hollandais qui se plaignait du fait que le juge néerlandais, qui à l'instar du juge suisse remplit plusieurs fonctions successives dans la procédure pénale, avait pris durant l'instruction plusieurs décisions relatives à la prolongation de la détention préventive de l'intéressé, avant de se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation. Cette plainte a été écartée par douze voix contre trois, la Cour concluant à l'absence de violation du principe d'impartialité en l'espèce. En effet, procédant selon sa démarche intellectuelle

habituelle, la Cour a examiné si, dans l'affaire soumise, le principe d'impartialité avait été violé et a conclu par la négative in casu. Elle a cependant soulevé un certain nombre d'arguments qui méritent d'être évoqués :

- tout d'abord, la conclusion que l'arrêt de Cubber n'implique pas forcément une condamnation systématique du cumul des fonctions judiciaires (par. 14);
- ensuite, le droit des mineurs a un caractère avant tout éducationnel et cet objectif est pré-éminent par rapport à d'autres considérations (par. 14);
- le système du cumul des fonctions présente plusieurs avantages (protection du mineur, coordination avec les mesures civiles, relation de confiance entre juges des enfants, mineurs et familles, prise de mesures provisoires très tôt, grande compétence reconnue au juge) (par. 18);
- le juge occupe une place centrale dans la procédure et il intervient à plusieurs titres (par. 21).

53. Par contre, comme à son habitude, la Cour ne s'est pas prononcée sur le bien-fondé du système hollandais en matière d'organisation des instances juvéniles pénales. C'est donc dans l'opinion concordante du Juge Morenilla (69) qu'il faut rechercher matière à réflexion plus large. Ce magistrat écrit ce qui suit :

"J'estime que les mineurs peuvent prétendre à la même protection de leurs droits fondamentaux que les adultes, mais que le caractère non accompli de leur personnalité et, en conséquence, leur moindre responsabilité sociale entrent en ligne de compte aux fins de l'article 6 de la Convention. En particulier le droit à être jugé par un juge impartial ne doit pas être incompatible avec le traitement de protection des jeunes délinquants. Aux termes de l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'enfance a droit à une aide et à une assistance particulière." (par. 2);



"[...] dans beaucoup de systèmes pénaux, on a cherché à remédier aux difficultés liées au traitement pénal des jeunes délinquants en créant des juridictions spécialisées dotées de règles de procédure spécifiques et chargées d'appliquer des mesures pénales ou protectrices tendant à amender ou à rééduquer le mineur plutôt qu'à le punir d'actes délictueux dont il n'est pas entièrement responsable. [...] Pour atteindre ces objectifs, il semble à la fois raisonnable et indiqué d'organiser la procédure de manière telle qu'un juge unique connaisse de l'affaire depuis le stade de l'instruction préparatoire, en adoptant des mesures provisoires appropriées, jusqu'à celui de l'exécution de la sentence, où il lui appartient de surveiller la mise en oeuvre des mesures de protection prévues par le jugement, ceci afin de développer "une relation de confiance entre, d'une part, le juge des enfants et, de l'autre, le mineur ainsi que ses parents, ou son tuteur." (par. 3);

"Dès lors, je ne saurais considérer que l'exercice cumulé des ces fonctions par le juge des enfants viole l'article 6. A l'instar d'autres clauses normatives de la Convention, ce dernier a été conçu et doit s'interpréter comme une protection des droits et des libertés de l'individu contre les actes ou les omissions de l'Etat y portant atteinte, mais non comme un obstacle à des mesures visant au plein développement des mineurs. Pareille interprétation serait, d'après moi, contraire à l'article 60. En outre, les autorités nationales me paraissent le mieux placées pour agencer la protection des enfants conformément aux besoins de leur société. La Convention doit s'interpréter de manière à donner aux Etats membres une marge d'appréciation pour organiser leur système de justice pénale de manière à protéger tant les intérêts de l'enfant que ceux de la société." (par. 4).

54. Cet arrêt Nortier, ses considérations et l'opinion du Juge Morenilla sont donc des indicateurs précieux du fait que le cumul des fonctions judiciaires en droit pénal des mineurs semble être compatible avec la CEDH et que cette manière de rendre la justice ne fonde pas forcément un indice de partialité du juge.

Il est intéressant de noter qu'une décision française a été rendue dans le même sens, par la Cour de cassation, le 7 avril 1993 (70). Dans cet arrêt où était attaquée une décision du Tribunal des enfants de Reims qu'avait présidé le Juge des enfants chargé de l'instruction du dossier, (situation identique à la pratique des Tribunaux des mineurs en Suisse romande, Berne, Thurgovie et de l'autorité tutélaire à Neuchâtel en particulier), la cour a considéré que :

"le fait pour les mineurs de bénéficier de garanties au moins égales à celles accordées aux majeurs, n'exclut pas toute spécificité procédurale comme l'illustre la règle selon laquelle la publicité des débats, garantie cependant fondamentale, est exclue à leur égard; [...] que la Cour (européenne) n'a jamais jugé ni que l'impartialité se limitait à cette incompatibilité fonctionnelle ni qu'elle l'impliquait nécessairement en toute situation procédurale [...]; que les finalités propres à la juridiction des mineurs, la primauté des facteurs psychologiques, la recherche d'une influence sur les structures mentales du mineur, appellent entre celui-ci et son juge une relation singulière d'autant plus nécessaire que les intervenants éducatifs sont plus nombreux et plus variés; qu'en conséquence, l'unicité du magistrat, au long du cursus procédural, favorable à cette relation, n'est qu'une modalité parmi d'autres de la spécificité procédurale nécessaire à la juridiction des mineurs.

Sur la base de ces considérations, la Cour a estimé que le principe d'impartialité "ne fait pas obstacle à ce qu'un même magistrat spécialisé, prenant en compte l'âge du prévenu et l'intérêt de sa rééducation, puisse intervenir à différents stades de la procédure."

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur cette question et a rendu une décision allant dans le même sens. Dans cet arrêt non publié (1P.23/1994), la haute cour s'est largement appuyée sur l'arrêt Nortier. Elle avait à juger si les dispositions cantonales genevoises (Loi d'organisation judiciaire et Loi sur les juridictions pour les

enfants et les adolescents) qui permettent le cumul des fonctions de magistrat instructeur et de président de l'autorité de jugement ne violaient pas l'article 6 par. 1 CEDH, en n'assurant pas une séparation étanche des fonctions d'instruction et de juge du fond. Au terme de cet examen, le TF a rejeté le recours et a admis, dans le cas d'espèce, que le fait d'agir avant le jugement, puis de juger au fond n'était pas incompatible, notamment car il n'y avait aucun indice de partialité du juge à l'égard du prévenu et que celui-ci avait pu se faire assister d'un défenseur tout au long de la procédure et disposait du droit de recourir contre le jugement au fond. Cette décision est importante, car elle est la seule, à notre connaissance, où le TF a pris position sur l'union personnelle et a considéré que le droit des mineurs, droit particulier, pouvait avoir une position différente du droit des adultes.

55. S'il paraît juste d'accorder aux mineurs les meilleures garanties procédurales, il ne paraît par contre pas certain, sur la base des considérations précédentes, qu'interdire le cumul des fonctions judiciaires soit réellement une garantie pour les mineurs à un procès équitable. Ce que vise, à notre avis, la CEDH, c'est la défense des justiciables contre les attaques exagérées de leurs droits individuels. La CEDH n'impose pas cependant à toutes les catégories d'individus un traitement identique et admet des spécificités procédurales pour les mineurs de manière claire, pour autant que l'objectif principal visé par ce droit spécial le justifie. Nous pourrions même dire que les mesures spéciales pour les mineurs constituent des garanties supplémentaires, encore plus favorables que les garanties appliquées aux majeurs.

En mettant en relation cette affirmation avec les objectifs du droit pénal des mineurs en Suisse et les raisons qui ont conduit les cantons à adopter systématiquement des règles de cumul, nous devons nous rendre à l'évidence que ce droit vise un intérêt plus élevé et qu'il s'avère nettement plus favorable aux justiciables mineurs que ne l'est celui pour les adultes. Ce régime privilégié se justifie par l'âge des prévenus, par le fait de leur minorité, partant leur responsabilité relative et par l'évidence de la situation de dépendance matérielle et morale dans laquelle ils se trouvent. Il est donc juste, à ces titres, qu'un cumul des fonctions judiciaires soit rendu possible.

56. Si nous allons plus loin encore, nous constatons que les objectifs de la justice juvénile échappent aux notions classiques de répression, souffrance, rétribution et prévention générale, pour se concentrer sur des visées éducatives, préventives et curatives. Toute la littérature contemporaine et les textes internationaux réclament le moins d'intervention possible et la plus petite stigmatisation de l'auteur d'un délit. Nous nous rendons bien compte que le système du cumul des fonctions judiciaires est celui qui permet le mieux d'atteindre ces objectifs, en permettant au juge de connaître la situation personnelle du mineur et de tisser des liens avec sa famille ou son représentant légal, tout en assurant une stigmatisation minimale. Confier tout le cursus procédural à un magistrat ou multiplier les interventions à chaque stade de la procédure, avec un juge qui doit recommencer les opérations, n'a pas le même impact sur la stigmatisation de l'auteur. Plus même, en divisant les opérations et en augmentant le nombre d'acteurs, on détache toute l'intervention de son contexte éducatif et son objectif final est toujours plus éloigné. La forme et l'apparence sont favorisées là où le fond devrait être privilégié.

En se rapportant au petit tableau comparatif entre la justice des mineurs avec cumul et une justice des mineurs séparatiste, reproduit dans la RPS 107/1990 (71), nous aboutissons à la conclusion évidente qu'une modification de la pratique actuelle dans le sens d'une séparation des fonctions judiciaires entraînerait une nette complexification de la procédure, une multiplication des opérations judiciaires et des intervenants pénaux, une formalisation et une dramatisation exagérées de l'enjeu. Le centre de gravité de ce droit de ses préoccupations éducatives et protectrices serait également déplacé vers une prise en compte purement pénale et légaliste de l'intérêt individuel du petit nombre au détriment de l'ensemble de la population délinquante juvénile. Cela sans garantie que ce système ne lèse pas, en fin de compte, ceux qu'il souhaiterait protéger de la partialité apparente des magistrats. C'est prendre la proie pour l'ombre...

57. S'agissant des textes internationaux, ils rapportent l'exigence que la cause de tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi

pénale "soit entendue sans retard par une autorité judiciaire indépendante, impartiale et compétente " (art. 40 ch. 2 litt. b iii CDE). Ces textes, toutefois, ne précisent pas ce qu'impliquent les qualificatifs d'indépendant, impartial et compétent. A notre connaissance, les commentaires écrits à ce jour ne condamnent pas le cumul de la fonction judiciaire qui serait vue comme partial, en faisant le pendant avec l'article 6 par. 1 CEDH.

Nous trouvons par contre une réponse très claire dans la Loi Modèle à son article 3.1.-3 : "Le juge des enfants peut cumuler les fonctions de juge d'instruction et de juge de jugement". Aucun texte ne saurait être plus clair à ce sujet. Le commentaire de cet article n'est pas très développé, tant ce principe semble évident, du point de vue de l'efficacité (72).

58. Nous pouvons donc quitter cette délicate question du cumul des fonctions judiciaires, en étant convaincu que l'exigence d'impartialité du juge n'est pas mise en péril par le cumul des fonctions judiciaires et que la condamnation des systèmes mis en place de manière raisonnable par les autorités cantonales helvétiques n'est pas acquise de iure.

Il nous semble ici possible, pour rassurer ceux qui auraient encore des doutes sur la pertinence du cumul des fonctions, d'introduire la notion de récusation facilitée (ou sans motifs). Cette faculté pourrait être introduite dans la procédure pénale applicable aux mineurs pour permettre, jusqu'au moment des débats, de récuser le magistrat qui aurait déjà fonctionné à une étape antérieure, sans avoir à fournir de motifs.

#### Chapitre VI : Le juge des mesures de contrainte

59. Les mesures de contrainte qui devraient être réglées dans un code de procédure pénale sont, selon la Commission d'experts, la citation et le mandat d'amener, l'appréhension et la garde à vue, la détention préventive et ses mesures de substitution, le séquestre, les fouilles et perquisitions, l'examen psychiatrique et les mesures portant atteinte au corps humain, les mesures de surveillance (73).

Il paraît évident que la plupart de ces mesures peuvent être ordonnées par le magistrat-instructeur des mineurs et qu'il n'est pas nécessaire de recourir à un juge particulier pour les mesures habituelles, sans portée déterminante sur la liberté d'aller et de venir du jeune prévenu.

Pour le problème de la détention préventive qui est l'une des questions les plus sensibles de l'intervention de la justice pénale en général, de la justice juvénile en particulier, la question peut se poser de nommer un juge de la détention (Haftrichter), comme cela s'est produit dans un certain nombre de cantons pour les adultes. Cette question a été soulevée d'ailleurs et le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se déterminer à l'occasion d'un recours contre le fait que la procédure de Bâle-Ville (ancienne : JuStG du 30.10.1941) ne prévoyait pas expressément un juge pour ordonner la détention des mineurs. La haute cour (arrêt 121 I 208 = Jdt 97 IV 88) a estimé que le droit des mineurs constituait une loi spéciale et qu'un juge de la détention ne se justifiait ni ne s'imposait.

60. Plusieurs cantons qui ont révisé leur loi ont abordé la question. Le canton de Berne, au moment de la révision de sa loi sur le régime applicable aux mineurs de 1998 (74) a renoncé de manière claire à cette innovation, qui avait pourtant été proposée par une partie de la commission. Le canton de Bâle-Ville (75) a suivi la même stratégie et n'a pas entendu suivre ici les défenseurs de cette institution. Il s'est très clairement appuyé sur la décision du TF mentionnée ci-dessus pour renoncer à ce magistrat ad hoc. Le canton de Fribourg, dans son avant-projet de code de procédure exhaustif (76), n'a pas retenu non plus cette idée.

Par contre, deux cantons ont introduit un juge de la détention pour les mineurs : le canton de Zurich (77) et le canton du Tessin, dans ses nouvelles dispositions entrées en vigueur le 1.3.2000 (78). Pour l'heure, il est difficile de tirer des enseignements de cette modification importante dans la législation et de ce coup de canif dans les compétences du Jugendanwalt/Magistrato dei minorenni.

61. Le présent chapitre soulève également la question suivante : souhaitons-nous des garanties formelles envers et contre tout, également pour les enfants, à tous les stades de la procédure? ou voulons-nous un droit rapide, économique, réaliste, proche des justiciables et qui prend en compte les impératifs fondamentaux de l'intervention judiciaire? Les théories s'opposent et constituent parfois des guerres de religion. Sous l'influence permanente de la jurisprudence de la Cour européenne et de son impact aussi sur les décisions du TF, nous aurions tendance à vouloir régler de manière définitive tous les actes de procédure et de donner une justification à toutes formes d'intervention, même la plus anodine. Devant les exigences d'éviter la multiplication des intervenants dans la procédure et de réduire la stigmatisation de l'intervention pénale à son strict minimum ("Primum non nocere"), nous pencherions alors pour un modèle alliant à la fois souplesse et efficacité et réduisant le nombre des personnes à intervenir et le nombre des opérations du processus pénal à effectuer.

Il paraît évident que l'introduction d'un juge de la détention séparé et distinct du Juge des mineurs/Jugendanwalt ralentit le processus de décision, amène une nouvelle personne dans le cursus, personne qui n'est pas spécialisée (nous ne voyons en effet pas comment nous pourrions justifier l'introduction d'un juge de la détention spécialisé pour les mineurs, vu le peu de cas de détention préventive) et qui va prendre sa décision sur la base d'autres critères que ceux utilisés pour les jeunes délinquants. Cette arrivée impromptue augmente alors et le nombre des intervenants et celui des opérations à réaliser, donc va contre les principes de la célérité et de l'intervention minimale.

62. Il ne faut pas se cacher que ce mode de faire peut avoir un effet de soulagement pour le Jugendanwalt/Juge des mineurs qui n'a plus à porter le poids de la décision de placement en détention préventive. Il faut admettre aussi qu'un contrôle systématique des mises en détention préventive peut entraîner une diminution des cas de détention préventive. Mais, il faut rester réaliste et bien voir que les avantages du système peuvent se faire sentir dans des cantons urbains (Zurich) ou avec une grande criminalité organisée (Tessin), mais que pour les petits et moyens cantons, ce système représente une charge importante et un certain nombre d'inconvénients peu en rapport avec les profits attendus.

Ne perdons pas de vue que le nombre des détentions préventives est faible (par exemple 87 cas de détention préventive pour 1273 dénonciations en Valais, en 1999, soit le 6,5 %; parmi ces 87 cas, 70 n'ont pas dépassé cinq jours) (79), que celles-ci obéissent à des règles strictes et objectives posées par les codes de procédure pénale (soupçon d'infraction grave plus danger de fuite, risque de collusion ou risque de récidive), donc que ces motifs ne sont pas laissés à la discrétion du juge des enfants. De plus, rappelons que ces magistrats sont spécialisés et qu'ils se sentent, dans leur très grande majorité, avant tout une vocation de protecteurs des enfants, de leurs droits et de leur liberté. Ils ont donc toutes les compétences et toutes les préventions nécessaires pour utiliser cette mesure de contrainte avec parcimonie.

Par rapport à l'introduction d'un juge de la détention (Haftrichter), il y a fort à craindre que le fait de devoir soumettre toute mesure de détention avant jugement à un juge ad hoc amène une prolongation nette de la durée de la mesure privative de liberté. Le système actuel a le grand mérite de limiter la détention préventive à sa plus courte durée (entre un et cinq jours pour la très grande majorité des cas).

Comme le permet l'article 5 ch. 1 litt. d CEDH, certains cantons assimilent placement provisoire ou observation à la mesure de la détention avant jugement (la CEDH parle de la détention régulière d'un mineur en vue de son éducation surveillée). Il y a également un besoin particulier dans le domaine des mineurs qui est celui de maintenir l'enfant dans une situation de placement hors du milieu habituel pour le protéger d'un péril immédiat ou pour déterminer la structure de sa personnalité et la mesure à prévoir à son endroit. On se trouve alors dans une intervention typique du Jugendanwalt/Juge des mineurs. Il paraît, à ce titre, très difficile de confier l'examen de la pertinence de cette décision à un juge non spécialisé, puisqu'il s'agit véritablement du coeur de l'intervention du magistrat de la jeunesse.

Rappelons aussi que tant les Règles de Beijing que la Loi Modèle consacrent la nécessité de prévoir un certain pouvoir discrétionnaire au juge, afin de lui permettre de prendre rapidement toutes les mesures



utiles et nécessaires au mineur, sans se référer à une instance supérieure ou de contrôle. Il nous semble que l'institution du Juge des mesures de contrainte va contre ce principe.

63. Si nous nous penchons sur les exigences fixées par les standards internationaux, nous nous rendons compte que ni la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, ni les Règles de Beijing, ni les Règles de la Havane (vouées aux mineurs privés de liberté et qui consacrent leur article 17 à la détention avant jugement) ne formulent l'obligation de soumettre la décision de détention préventive à un juge séparé. Si nous examinons la Loi Modèle, celle-ci dans son article 3.2-17 est très explicite à ce sujet : "Si les circonstances l'exigent, le mineur délinquant peut être placé en détention provisoire par le juge chargé de l'instruction".

Le commentaire sur ladite loi expose de manière restrictive les motifs qui peuvent conduire à la détention préventive et les formes que doit prendre celle-là, mais n'imposent en aucun moment de soumettre la décision à un juge de la détention (80). Il n'y a donc aucune obligation formulée par les standards internationaux dans ce domaine.

#### Chapitre VII : Conclusions et propositions

Il convient, en guise de synthèse et de conclusion, de faire quelques propositions utiles en vue d'un code de procédure pénale unifié pour les mineurs. Il est certain que des conclusions sont, à ce stade, délicates puisqu'elles touchent à l'organisation des instances chargées de la poursuite, du jugement et de l'exécution des affaires pénales des jeunes délinquants. C'est un domaine hautement sensible, chacun estimant, à bon droit, détenir le meilleur système et se trouvant, par le fait de la familiarité avec sa pratique, peu enclin à vouloir en changer.

Il faut cependant oser quelques propositions.

#### 64. La suppression des instances pour les enfants

La nouvelle loi soumise aux Chambres fédérales (LFCPM) a retenu comme seuil inférieur d'intervention l'âge de 10 ans et propose de supprimer la différence actuelle entre enfants (7 à 15 ans) et adolescents (15 à 18 ans), pour ne faire qu'une catégorie : les mineurs (cf. art. 3 al. 1 LFCPM). Nous pouvons raisonnablement penser que cette nouvelle conception du sujet mineur pénal sera acceptée, car les motifs qui avaient conduit à établir une limite basse d'intervention à 7 ans (dépistage précoce) ne sont plus guère défendables.

En cas d'acceptation de ce nouvel âge (10 à 18 ans), nous pensons que les distinctions faites actuellement dans plusieurs cantons relativement aux autorités d'intervention face aux enfants (ainsi par exemple Argovie, Grisons, Genève, Obwald) pourraient être amenées à disparaître. Il est très compréhensible que ces cantons aient cherché, à l'époque de l'entrée en vigueur du CP, à atténuer l'impact de l'intervention pénale sur les plus jeunes justiciables en confiant la poursuite des infractions commises par ceux-ci à des autorités administratives, en général rattachées à des organismes de protection de la jeunesse. L'âge d'intervention s'élevant et la séparation enfants/adolescents disparaissant, nous pouvons imaginer un alignement de ces cantons sur les systèmes cantonaux ne prévoyant qu'une seule instance compétente pour l'ensemble de l'activité délictueuse des mineurs.

#### 65. La disparition des instances administratives

Liée à cette première considération, la réflexion suivante est d'imaginer que les instances administratives chargées encore de compétences dans le domaine de la poursuite et du jugement des mineurs (nous pensons avant tout au canton d'Appenzell RI et aux cantons ci-dessus pour ce qui touche la catégorie enfants) pourraient disparaître à l'occasion de l'unification de la procédure et que les cantons concernés pourraient modifier leur système.

Selon les grands standards internationaux, il est en effet exigé que la cause des mineurs soit entendue et jugée par une instance judiciaire

(cf. art. 40 al. 2 litt. b iii CDE, art. 3.1-1 Loi modèle). Il nous semble que, dès le moment où le respect de garanties juridiques pour les mineurs est demandé, l'institution d'autorités judiciaires en place d'autorités administratives devrait se faire naturellement.

66. Cela s'entend aux deux stades de l'instruction et du jugement. S'agissant de l'exécution de mesures ou de sanctions prononcées par le Jugendanwalt/Juge des mineurs ou le Jugendgericht/Tribunal des mineurs, il n'y a pas d'objection majeure pour que celles-ci soient mises en oeuvre par une autorité administrative (Jugendamt, Service de protection de la jeunesse), pour autant que des voies de recours soient ouvertes devant la juridiction des mineurs, contre les décisions prises par ces organismes.

Pour notre part, pourtant, nous préférons le système où l'autorité d'exécution est également dans les mains du Jugendanwalt/Juge des mineurs, pour assurer l'unicité de l'intervention. Dans la pratique, il est certain que ce sont les services éducatifs (soit rattachés directement à l'instance spécialisée, soit indirectement) qui effectuent le travail de mise en application de ces décisions. Néanmoins, toutes les requêtes, toutes les demandes, toutes les modifications dans les situations concrètes sont portées à la connaissance du juge qui prend alors les dispositions qui s'imposent, voire statue de manière contradictoire. Cela nous paraît être un bon système.

#### 76. Le juge des mesures de contrainte

Nous avons vu plus haut que le TF admettait sans problème particulier que la détention avant jugement ne soit pas prononcée par un juge ad hoc et que seuls deux cantons (Zurich et Tessin) avaient choisi d'introduire le juge des mesures de contrainte dans leur organisation judiciaire. Ceci se justifiant pour des raisons particulières : Zurich, avec sa population et la configuration de sa ville, constitue le seul centre véritablement urbain de Suisse et sa délinquance en est marquée. Ce canton réalise le quart de toutes les condamnations prononcées en Suisse pour les mineurs (81) et il est compréhensible qu'un juge amené à contrôler la détention

préventive puisse se justifier. Le Tessin lui est en proie à une grosse criminalité organisée de par sa position géographique et a aussi ressenti le besoin de désigner une même autorité. Par contre aucun autre canton, y compris ceux qui viennent de réviser leur législation (Berne, Bâle-Ville) ou ceux qui sont en train de la revoir (Fribourg) n'a jugé nécessaire de disposer d'un tel magistrat.

Nous ne pensons pas qu'une telle institution doive être introduite, à titre obligatoire, dans les autorités chargées de la poursuite pénale des mineurs délinquants en Suisse. Toutes les mesures de contrainte peuvent être prises aisément pas le Jugendanwalt/Juge des mineurs et le contrôle de la détention peut se faire également par ce même magistrat. Pour certaines opérations (placement à titre provisoire, par exemple), vu leur nature particulière, elles sont même exclusivement effectuées par ce juge. Il est nécessaire alors de prévoir un mécanisme de plainte à une instance supérieure (Chambre ad hoc de l'autorité supérieure, par exemple) pour garantir les droits fondamentaux du mineur et de ses représentants.

L'élargissement très net du rôle de la défense dans ce domaine doit aussi être pris en compte; le motif de la détention avant jugement est précisément une cause de défense obligatoire. La LFCPM va très loin dans ce sens, en proposant à son article 39 al. 2 une défense obligatoire, pour toutes décisions de détention préventive, sans relation avec le motif de la décision, la gravité de l'infraction ni avec la durée de la privation de liberté.

De plus, comme il a été dit plus haut, l'introduction d'une nouvelle autorité dans les instances des mineurs conduit à une multiplication des opérations et à une augmentation de la stigmatisation. Instituer un juge des mesures de contrainte spécialisé pour les mineurs n'est pas réaliste et risque fort de conduire à une augmentation sensible de la durée des privations de liberté. En outre, utiliser la même instance que pour les adultes conduit à d'autres difficultés. Nous estimons plus sage de renoncer à une telle obligation, qu'aucun texte international ne réclame d'ailleurs.

#### 68. Le Ministère public

Aucun canton ne connaît le système du Ministère public intervenant comme autorité de poursuite pour les mineurs, le cas de Bâle-Ville restant un cas particulier, le Jugendanwalt ne pouvant être assimilé totalement à un Procureur des mineurs. Dans tous les systèmes mis en place, il s'avère que le Ministère public a, au mieux, un rôle de partie, mais qu'en fait il ne l'assume que très rarement. Nous pouvons dire que le Ministère public est plus une espèce de garde-fou, entre autorité de surveillance et dispensateur de lignes directrices.

Il est clair que sauf dans quelques grands cantons (Berne, Bâle-Ville, Genève et Zurich), nous voyons très mal introduire un Ministère public spécialisé qui ne s'occuperait que des affaires des mineurs; et là où cela existe (Berne, St-Gall et Zurich), le rôle de cette instance ne se distingue pas de celle des autres cantons. Le Jugendanwalt/Juge des mineurs exécute à satisfaction les tâches de l'instruction tant sur les faits que sur la personne et ce système a fait ses preuves.

Il ne paraît pas non plus, dans ce domaine, qu'il soit nécessaire de modifier la distribution des rôles. Laissons le magistrat spécialisé faire son travail et gardons au Ministère public le rôle de partie, à charge à lui-même d'intervenir plus souvent si cela paraît opportun ou au Jugendanwalt/Juge des mineurs de le solliciter si cela semble nécessaire.

#### 69. L'union personnelle

L'union personnelle est pratiquée partout en Suisse, à des degrés divers et n'a quasiment jamais posé de problèmes. Sauf à Genève où elle a été remise en question à une reprise mais dans un arrêt très contesté, nous pouvons dire que 60 années de justice juvénile se sont très bien accommodés de ce système.

Faut-il en changer?

Les standards internationaux admettent très clairement le cumul (cf. Loi Modèle, art. 3.1-3, cité ci-dessus) des fonctions judiciaires et la Cour européenne dans son arrêt Nortier et les considérants rapportés montrent que le cumul des fonctions ne constitue pas une partialité fonctionnelle.

70. La réalité de la justice juvénile en Suisse est que le 92 % des affaires est traité par le juge unique et donc d'une manière souple, rapide, non formelle et efficace; pour le pourcentage restant, notamment pour les infractions les plus graves, nous disposons d'autorités collégiales où peut siéger celui qui a mené l'instruction. Cette présence, loin d'être préjudiciable, constitue un avantage non négligeable, en raison de la connaissance particulière qu'a ce magistrat non seulement de l'affaire, mais surtout de la situation personnelle de l'intéressé et de sa famille. Plus même, il a pu établir des liens avec ces derniers, ce qui entraîne une adhésion facilitée du prévenu et des siens à la mesure proposée ou à la punition envisagée.

Les objectifs spécifiques du droit pénal des mineurs réclament cette manière de travailler et les standards internationaux (Règles de Beijing, CDE, Loi Modèle) soulignent l'importance d'autorités qui connaissent intimement les situations des individus et des familles. Ces objectifs justifient en fait ce cumul, en l'érigeant en méthode d'intervention. Penser que cela ne respecte pas les droits du mineur est erroné, en ce sens que le cumul offre une garantie supplémentaire aux jeunes justiciables d'être traités différemment des adultes, donc de manière mieux-veillante.

71. On comprend aussi que certains mineurs ou leurs représentants puissent, à un moment donné, se sentir impuissants face à un magistrat qui cumule les fonctions. Il faut alors leur donner les moyens de se défendre contre cette impression, par la possibilité d'une récusation ou d'une plainte (à la Chambre d'accusation par exemple).

Pour le cas où le Jugendanwalt/Juge des mineurs a déjà fonctionné comme juge ayant ordonné la détention préventive, nous pensons qu'il y

aurait lieu, pour éviter toutes difficultés ultérieures, que le mineur et ses représentants puissent disposer jusqu'à l'ouverture des débats de la faculté de la récusation sans motif et puissent donc simplement indiquer qu'ils ne veulent pas être jugé par ledit magistrat fonctionnant ou comme juge unique, ou comme juge siégeant dans la chambre collégiale.

72. La Suisse a comme caractéristique de disposer d'un réseau serré d'instances spécialisées, réseau qui a été créé pour offrir aux jeunes justiciables et à leur famille des réponses rapides et pas trop stigmatisantes à des difficultés le plus souvent passagères. Cela permet à quiconque de voir son affaire traitée dans de brefs délais et à moindre frais, en évitant le passage devant de nombreuses instances, puisque pour le 92 % des cas, le futur citoyen et les siens ne connaîtront qu'un seul magistrat. C'est un bien précieux, extrêmement estimable. Il ne faudrait pas, pour des motifs d'apparence (plus d'impression d'impartialité), modifier un système qui donne toute satisfaction (82).

Faut-il donc changer les systèmes des instances pour mineurs en Suisse, sous le prétexte du cumul des fonctions judiciaires? La réponse est, pour tous les motifs exposés plus haut, négative. Le TF, après la Cour européenne et le désormais célèbre arrêt Nortier, l'a d'ailleurs admis (jugement 1P.23/1994)).

### 73. Quel(s) système(s) pour la Suisse?

Nous pouvons dire, d'une manière très généralisée que les systèmes helvétiques retenus par les cantons sont très divers dans leurs nuances et dans la subtilité de leur fonctionnement, mais qu'ils ont tout de même des caractéristiques communes. Si nous reprenons les phases de l'intervention judiciaires, nous pouvons résumer ainsi :

- a) l'instruction est confiée à un magistrat, nommé **Jugendanwalt/Juge des mineurs/Président de l'Autorité tutélaire/Magistrato dei minorenni**, qui a la double charge d'établir les faits (existence ou non d'une infraction) et de cerner la personnalité de l'auteur de cette éventuelle

infraction. Il reçoit l'aide de la police (gendarmerie ou police judiciaire) pour la première tâche et celle des services sociaux pour la seconde;

- b) après avoir effectué cette première opération, le magistrat, soit libère le prévenu (classement, non-lieu, acquittement), soit retient l'existence d'une infraction et doit alors passer à la phase du jugement;
- c) le jugement est de la compétence ou du juge unique ou d'une chambre collégiale.

Pour les infractions peu graves et celles qui n'entraînent que des mesures ambulatoires (assistance éducative) ou des sanctions dites disciplinaires (réprimande, prestation de travail, amende jusqu'à 300 ou 500 fr.), la courte peine de privation de liberté (jusqu'à 14, voire 30 jours) et la renonciation à toute sanction, la **compétence du juge unique** est acquise. Selon les statistiques fédérales, cela concerne :

- pour l'année 1996 : 82 % de toutes les condamnations (sans prendre en compte les peines de détention et 92 % en prenant en compte les détentions jusqu'à 30 jours (les statistiques fédérales ne font pas la distinction entre 14 et 30 jours);
- pour l'année 1997 : 82 % de toutes les condamnations, sans prendre en compte les peines de détention et 92,4 % en prenant en compte les détentions jusqu'à 30 jours;
- pour l'année 1998 : 80 % de toutes les condamnations, sans prendre en compte les peines de détention et 92,4 % en prenant en compte les détentions jusqu'à 30 jours (83).

Nous voyons donc que la très grande majorité des condamnations sont le fait du juge unique : **Jugendanwalt/Juge des mineurs/Président de**



l'Autorité tutélaire/Magistrato dei minorenni. Ce magistrat siège alors en "audience de cabinet" pour reprendre la formule française et avec des formes et un decorum réduits.

Pour les infractions qui revêtent une certaine gravité et notamment celles qui peuvent amener à une privation de liberté supérieure à une certaine durée (par exemple plus de 14 jours ou plus de 30 jours) ou un déplacement du milieu familial (par exemple placement dans une institution), le magistrat instructeur rend une décision de renvoi de la cause devant une chambre collégiale qui peut prendre plusieurs formes :

- **Jugendgericht** dans le système Jugendanwalt, tribunal de district ou tribunal ordinaire, non spécialisé; le Jugendanwalt comparait devant le Jugendgericht composé de trois personnes (parfois cinq, dans des circonstances particulières comme à Bâle-Ville) pour soutenir l'accusation et ses propositions. Ce tribunal peut aussi être la Jugendstrafkammer (Bâle-Ville) ou le Consiglio dei minorenni (Tessin);
- **Tribunal des mineurs** dans le système Juge des mineurs, instance composée de trois personnes (parfois cinq, dans des circonstances particulières comme à Berne), dont le Juge des mineurs (président) et deux assesseurs laïcs mais formés dans le domaine de protection de l'enfance. Ce tribunal peut aussi être l'Autorité tutélaire pénale (Neuchâtel).

Les tribunaux, sous les deux formes, tiennent des débats, mais en appliquant les règles de procédure particulières réservées aux mineurs.

- d) l'exécution des décisions prises appartient au Jugendanwalt/Juge des mineurs/Président de l'Autorité tutélaire/Magistrato dei minorenni ou alors à une autorité administrative (Abteilung des Kindes und Jugendschutz à Bâle-Ville, Jugendamt à Glaris et dans les Grisons).

74. Comme nous le voyons, la grande différence réside donc dans la phase du jugement où une partie de la Suisse confie la décision sur le bien-fondé de l'affaire à la justice ordinaire, avec présence du Jugendanwalt (la Suisse alémanique moins Berne, mais avec le Tessin), alors que l'autre partie de la Suisse fait confiance complète à la justice spécialisée et attend du Tribunal des mineurs, présidé par le Juge des mineurs, qu'il tranche sur le fond (la Suisse romande avec Berne). La notable exception neuchâteloise peut être assimilée au système Juge des mineurs, alors que Appenzell RI constitue un réel cas particulier.

Dans ces conditions, que proposer? Plusieurs variantes sont possibles :

- a) toute la Suisse adopte le système Jugendanwalt, ce qui a l'avantage du nombre. En effet, la Suisse romande, Thurgovie, Appenzell IR et Berne doivent changer leur système, soit au total neuf cantons contre dix-sept. En revanche, l'inconvénient est que les cantons qui connaissent le système le plus homogène (unicité de l'intervention, spécialisation de toutes les instances) doivent l'abandonner.

En cas de choix de cette variante, resterait encore à déterminer qui est autorité d'exécution : Jugendanwalt ou Jugendamt, autorité judiciaire ou autorité administrative?

- b) toute la Suisse adopte le système Juge des mineurs, ce qui a comme inconvénient le nombre. En effet, dix-sept cantons doivent adopter le système "romand". En revanche, l'avantage est indiqué ci-dessus : unicité de l'action et spécialisation à toutes les instances.

En cas de choix de cette variante, le choix de l'autorité d'exécution ne se pose pas, puisqu'elle est de la compétence du Juge des mineurs.

Dans ces deux cas de figure, Appenzell IR devrait quitter son système particulier. Les cantons qui connaissent des instances administratives pour les enfants devant, de toute manière modifier leur système;

- c) chaque canton conserve son système original pour la phase du jugement, en mettant en avant, que pour le 92 % des affaires (voir chiffres ci-dessus) le système est identique (juge unique) et que pour le 8 % des causes, nous pouvons vivre avec un système différencié.

Cette variante imposerait probablement à Appenzell IR de modifier son système. Elle aurait le désavantage de ne pas permettre une unification complète, mais l'avantage de sauvegarder une certaine originalité et de ménager des susceptibilités, bien légitimes.

Il semblerait que le texte adopté par le peuple le 12 mars 2000 permette de concevoir des autorités judiciaires différenciées d'un canton à l'autre, l'organisation judiciaire restant du ressort cantonal (art. 123 ch. 2 cst. nouveau).

75. Devrions-nous, à tout prix, choisir entre l'une des deux variantes a) ou b), l'objet d'un choix objectif se porterait sur la variante b) qui présente les avantages déjà soulignés :

- unité de l'action;
- spécialisation de toutes les instances;
- exécution déjà réglementée;

avec l'inconvénient de n'être pratiqué que par huit cantons sur vingt-six.

A en croire l'expérience thurgovienne, ce système aurait, en plus, l'avantage d'être le plus économique. Il est clair que le fait de donner plus de compétence au Juge des mineurs et d'éviter la multiplication des instances constitue une économie non négligeable.

### TROISIEME PARTIE : LES QUESTIONS PARTICULIERES

76. Dans cette partie, nous allons quitter les principes généraux et l'organisation judiciaire pour aborder les questions particulières, soit celles qui connaissent un sort différent en droit pénal des mineurs et en droit pénal ordinaire.

#### CHAPITRE I : Le Principe d'opportunité

##### 77. Situation actuelle

Le droit de fond actuel ne connaît pas la possibilité générale de classer une affaire par opportunité. Les dispositions des articles 88 et 98 CP constituent une renonciation à la sanction et non un classement par opportunité. Elles supposent un jugement, donc une intervention judiciaire qui a été jusqu'à son terme, mais qui débouche sur le constat de l'inutilité ou de l'inopportunité d'une sanction, lorsqu'un certain nombre de conditions sont remplies.

Dans les dispositions cantonales de procédure, Genève a introduit ce principe d'opportunité dans l'article 52 LJEA :

"Si le juge estime que les circonstances ne justifient pas un jugement, il peut classer la procédure."

Cette faculté est atténuée par l'obligation faite au juge de rendre néanmoins une décision, si l'enfant, son représentant légal ou le procureur général en font la demande (art. 52 al. 2 LJEA).

Nous pouvons voir dans la législation bernoise une institution proche du classement par opportunité : l'article 30 LRMD où le Président du tribunal peut refuser d'ouvrir l'action publique, avec l'accord du Procureur; les conditions ne sont pas identiques à celles retenues à Genève, mais dans la pratique constituent une sorte de principe d'opportunité.

Au regard du principe général d'une intervention limitée au strict nécessaire pour les mineurs, ce genre de possibilité laissée au juge paraît justifiée non seulement au moment du jugement, mais, à notre avis, à tous les stades de la procédure.

#### 78. Sur le plan des standards internationaux

Le principe de l'opportunité semble largement admis, voire recommandé, par les standards internationaux. Les Règles de Beijing, l'article 11 sont explicites à ce sujet, prévoyant au chiffre 11.2 les dispositions suivantes :

"La police, le parquet ou les autres services chargés de la délinquance juvénile ont le pouvoir de régler ces cas à leur discrétion, sans appliquer la procédure pénale officielle, conformément aux critères fixés à cet effet dans leurs systèmes juridiques respectifs [...]".

Selon le commentaire officiel (84), cette pratique permet d'éviter les conséquences défavorables d'une procédure pénale, notamment le "stigmatisme" d'une condamnation ou d'un jugement. Ces règles vont encore plus loin, en demandant que non seulement l'affaire soit classée au plan judiciaire, mais que soient mises en place des interventions d'un autre type, destinées à éviter tout contact avec la justice pénale, même spécialisée, chaque fois que cela est possible.

La Loi Modèle dans son article 3.2.-4 a prévu également un principe d'opportunité :

"Lorsque les faits dont il est saisi lui paraissent de faible portée ou non établis, l'autorité chargée des poursuites classe l'affaire sans suite."

Le commentaire (85) est très parlant : "This mode of settlement must always be considered when the offence committed is not of a serious nature and when the family, school or other institution entitled to exercise social control has already reacted in the necessary constructive manner or is prepared to do so."

Nous ressentons donc à la lecture de ces textes, le souci permanent d'éviter d'une part la stigmatisation de l'intervention officielle, d'autre part la nécessaire considération de la gravité de l'infraction pour ne pas donner une dimension démesurée à un acte bénin.

#### 79. L'article 7 LFCPM

Le projet de LFCPM reprend à son compte, non toutes les considérations émises sur le plan international, dont notamment l'obligation de rechercher systématiquement des solutions extra-judiciaires, mais a prévu un article 7 intitulé classement qui institue le principe de l'opportunité au plan fédéral.

Le législateur propose, en effet, de dépasser la notion de pardon judiciaire des articles 88 et 98 CP (qui est reprise dans l'article 20 du projet) pour en faire un véritable principe d'opportunité applicable dès le stade de l'instruction. Cet article doit cependant être mis en relation avec l'article 20, puisque le classement est possible dès que les conditions fixées à l'article 20 sont applicables et qu'une mesure protectrice semble exclue d'emblée. Les motifs du classement sont ceux de l'exemption de peine prévue à l'article 20 LFCPM.

Cette réglementation répond donc aux idées développées plus haut, soit le souci d'économie de la procédure et la nécessaire préoccupation d'éviter une procédure lorsqu'elle apparaît inutile ou nocive.

#### 80. Rendre obligatoire des mesures de diversion?

Dans l'esprit des règles internationales, il ne suffit pas de pouvoir classer une affaire pour un certain nombre de motifs. Encore faut-il introduire, au stade de l'instruction, l'obligation de chercher des moyens d'éviter la procédure officielle en ayant recours à des solutions extra-judiciaires. Nous pensons ici, avant tout, à la médiation pénale entre auteur et victime et au travail d'intérêt général, perçu non comme une sanction mais comme un véritable moyen de diversion.

Plusieurs législations nationales, notamment la législation autrichienne (86) ont introduit cette obligation et un système basé sur des démarches obligatoires de médiation, chaque fois que cela paraît possible. Les expériences paraissent favorables.

Nous pouvons donc nous demander si l'occasion d'une unification de la procédure ne serait pas le lieu d'introduire, via une disposition procédurale, la faculté ou l'obligation de tenter des mesures alternatives au stade de l'instruction, voire du jugement. Certains cantons disposent déjà de ce type d'injonction notamment pour les affaires poursuivies sur plainte. Ainsi, le canton de Fribourg demande au juge qui mène l'instruction de tenter la conciliation dans les affaires qui ne se poursuivent que sur plainte (87). Le canton de Vaud a prévu le même impératif pour le juge-informateur de tenter la conciliation entre les parties (88).

Il nous paraît indiqué, dans le souci de limiter l'intervention pénale au strict minimum et de permettre au mineur de prendre conscience de ses actes par une confrontation avec la victime et par un essai de réconciliation avec elle, d'introduire, pour toutes les infractions qui se poursuivent sur plainte, une indication de soumettre le mineur à des démarches de type médiation. Cela doit-il être une "Kannvorschrift" ou une "Mussvorschrift"? A notre avis, la première solution devrait l'emporter pour éviter les situations où une conciliation est d'emblée refusée (réticence annoncée de la victime par exemple) ou semble vouée à l'échec (nombre important d'auteurs qui rend la démarche utopique, implication simultanée de majeurs et de mineurs, etc.).

Jusqu'à quel stade de la procédure pouvons-nous introduire cette conciliation? seulement dans la phase de l'instruction? Nous devrions pouvoir, toujours dans le même esprit, rechercher une solution réparatrice jusqu'à l'ouverture des débats devant la chambre collégiale. Cette faculté devrait ainsi permettre d'éviter alors un jugement pénal, la réussite de la conciliation entraînant la fin des poursuites pénales.

## 81. Conclusion

L'introduction d'un principe d'opportunité tel qu'il est prévu par le projet de LFCPM paraît donc raisonnable. De même, une disposition permettant de favoriser la conciliation et la médiation devrait donc pouvoir figurer dans un article consacré au principe de l'opportunité, voire dans un article supplémentaire intitulé conciliation.

## Chapitre II : Le For

### 82. Le principe

Le droit positif règle la question du for à l'article 372 CP fixant un principe absolu, celui d'attribuer la compétence de connaître des causes des mineurs à l'autorité de leur domicile ou de leur résidence à long terme. Ce qui est déterminant ici est le lieu de résidence effective du jeune prévenu. Ce principe absolu s'écarte ainsi des dispositions ordinaires (art. 346 ss CP) qui imposent le for au lieu de commission, pour trois raisons principales :

- tout d'abord, le mineur est dépendant de sa famille ou des personnes qui ont un droit et un devoir de surveillance, de garde, voire une mesure de tutelle à son égard. Il ne faut donc pas le couper de ce lien très important et les personnes référentes doivent être impliquées à tous les stades de l'intervention. Le meilleur et probablement le seul endroit où cette considération peut être prise en compte est celui du domicile du prévenu;
- ensuite, il est tout aussi clair que l'endroit où le jeune délinquant est le plus connu et où les meilleures informations sur sa personne et son entourage pourront être obtenues, est celui où il a le centre de ses activités; il est difficile d'obtenir des renseignements détaillés, fiables et rapides, dès que les autorités sont éloignées et surtout lorsqu'elles ne se connaissent pas;



- enfin, le meilleur endroit pour mettre en place des mesures avant jugement est également celui où le mineur est domicilié; cela vaut pour les enquêtes sociales, les demandes d'examen psychologique ou d'expertise; cela vaut aussi pour les mesures provisoires, dont on sait qu'elles sont nombreuses et très importantes en vue de la décision à prendre. Il va sans dire que la mise en application des mesures prononcées par jugement répond aussi à ce besoin de proximité.

Il y a donc un lien étroit entre le mineur et son lieu et il est nécessaire et utile de respecter cette évidence. Dans la perspective aussi où le juge est amené à tisser des relations avec l'enfant et les siens, cette considération d'une espèce de "juge naturel" doit retenir toute l'attention.

Ce principe du for du lieu de domicile ou de résidence habituelle n'est guère contesté, ni dans la pratique, ni dans la littérature (89).

### **83. Domicile ou résidence à long terme**

La notion de domicile est celle que prévoit les articles 23 à 26 CC et se confond, en général, à celle du domicile des parents ou du parent qui détient l'autorité parentale; dans le nouveau droit du divorce, en cas d'autorité parentale conjointe (art. 133 al. 3 CC), le domicile sera celui du parent qui a la garde de l'enfant. Pour un enfant sous tutelle, le domicile sera celui de l'autorité tutélaire (art. 25 al. 2 CC).

L'article 372 CP a prévu un for subsidiaire lorsqu'il n'y a pas de domicile établi au sens du droit civil ou que l'enfant, pour toutes sortes de raisons, ne vit pas avec ses parents (décès des parents, enfant confié à un tiers, parents absents pendant un certain temps etc.) : c'est celui de la résidence à long terme. Cela suppose un séjour qui a duré assez longtemps pour créer des rapports étroits avec ce lieu (90).

#### 84. Les contraventions

Les règles ci-dessus valent pour les délits et les crimes. Pour les contraventions, le législateur a prévu qu'elles seraient poursuivies au lieu de leur commission, rejoignant ici les règles ordinaires du for. Ceci dans un raisonnement basé sur le peu de gravité de ce type d'infractions, qui ne devraient entraîner ni intervention lourde de l'instance des mineurs, ni mesure éducative; donc pour lesquelles un dessaisissement à l'autorité compétente du domicile ne se justifierait pas.

D'une manière générale, cette considération est pertinente et répond au principe général de limiter l'intervention pour les mineurs au strict minimum. Il y a cependant un certain nombre de cas où la contravention est, néanmoins, le signal de difficultés personnelles ou le symptôme de problèmes qui ne se traduisent pas forcément par une infraction grave. Nous pensons ici au domaine des contraventions à la législation fédérale sur les stupéfiants : la contravention qui donne lieu à l'intervention (art. 19 a ch. 1 LStup par exemple) peut être soit bénigne, soit annonciatrice de problèmes non négligeables. Dans ces cas-là, une intervention du magistrat du domicile pourrait répondre aux besoins de prise en charge du prévenu.

La Société suisse de droit pénal des mineurs (SSDPM) - association qui regroupe les juges des mineurs, directeurs des principales institutions et bon nombre de travailleurs sociaux actifs dans le domaine - a émis une recommandation importante : celle de traiter les contraventions à la Loi fédérale sur les stupéfiants comme des crimes ou des délits. Cette directive est suivie d'une manière générale par les instances des mineurs, à satisfaction (91). Cette recommandation n'a cependant que la valeur d'une indication et ne possède aucune force contraignante.

#### 85. Absence de domicile en Suisse

En cas d'absence de domicile en Suisse, le droit positif prévoit que les règles habituelles sur le for s'appliquent (art. 372 ch. 1 al. 2).

Cette question ne semblait guère poser de problèmes jusqu'à ces dernières années, lorsqu'une arrivée inattendue de requérants d'asile mineurs non accompagnés s'est produite. Cela a posé alors de graves difficultés objectives pour attribuer une résidence effective à ces jeunes personnes.

Dans la pratique, ces requérants sont enregistrés à leur entrée en Suisse, puis se voient attribués à un canton et rattachés à un centre de requérants. S'ils y restent, le critère du lieu de séjour durable peut intervenir. La délicate question est que bon nombre d'entre eux n'y restent pas et vont et viennent dans la Suisse entière, mais surtout le long de l'axe Genève, Lausanne, Fribourg, Berne, Zurich et, pour beaucoup, commettent des délits relativement importants. Quelle sera l'autorité compétente : celle du canton auquel le requérant est attribué ou celle du lieu de commission?

Pour résoudre cette question récurrente, la SSDPM, en l'absence de texte satisfaisant, est en train d'émettre une directive pour les autorités cantonales (92). Pour elle, dans un souci d'entraide confédérale et pour répondre aux demandes des cantons concernés, le for devrait être celui du canton auquel le requérant mineur est attribué, même si son séjour n'y est pas effectif.

Dans un arrêt récent rendu sur un conflit de compétence relatif au for, sur la même question, le Département fédéral de Justice et Police (93) a jugé que, en l'absence de domicile en Suisse et de résidence à long terme dans un lieu (par exemple un foyer pour requérants), la simple attribution administrative à un canton ne saurait justifier de liens étroits avec ce canton et une dérogation aux règles ordinaires du for applicables in casu. Elle a, par cet arrêt, rendu problématiques les intentions de la SSDPM. Mais elle n'a pas résolu le problème de l'engorgement des cantons d'attraction par rapport à cette criminalité nouvelle et importante, tant en quantité qu'en gravité des infractions commises.

Pour le cas des clandestins, il semble que la situation soit plus claire : ou ils ont une résidence à long terme (ce qui est très rare)

dans un canton et l'autorité compétente sera celle de ce canton, avec la difficile charge de démontrer l'existence de rapports durables à cet endroit ; ou cela n'est pas le cas et ce sont les règles ordinaires du for qui s'appliqueront.

#### **86. Mineurs agissant en Suisse et domiciliés à l'étranger**

Dans le cas des mineurs qui agissent en Suisse, mais dont le domicile est à l'étranger, en principe, ils sont jugés en Suisse s'ils y séjournent à quelque titre que ce soit (infractions bénignes ou infractions graves). Par contre, dès qu'ils ont quitté la Suisse, la compétence de l'autorité étrangère est acquise, pour autant que l'Etat où l'auteur réside accepte de le poursuivre. En pratique, il ressort que les infractions peu graves sont en général jugées par l'autorité suisse même si l'auteur séjourne à l'étranger, alors que les infractions graves sont l'objet d'une demande de poursuite pénale à l'autorité étrangère. Si l'Etat étranger refuse de se saisir, alors l'autorité suisse doit intervenir.

Cette même considération vaut pour les jeunes Suisses ayant commis des infractions dans leur pays, mais résidant de manière durable à l'étranger.

#### **87. Mineurs agissant à l'étranger et domiciliés en Suisse**

Dans ce cas d'espèce, l'autorité suisse pourra être saisie par l'autorité étrangère et connaître des infractions commises à l'étranger par un Suisse ou par un étranger qui a un domicile ou une résidence à long terme dans notre pays. Pour ce faire, il est nécessaire que l'autorité étrangère fasse une requête de poursuite.

L'article 372 ch. 2 CP ne pose pas d'autres critères, notamment celui de la double incrimination. Sur le fait de savoir si la condition que l'acte poursuivi constitue une infraction dans les deux Etats concernés est nécessaire, est un sujet disputé (94). A notre avis, cette deuxième condition semble aller de soi, car nous ne voyons guère comment le droit

suisse pourrait intervenir pour un acte qui n'est pas une infraction dans notre système juridique. Ici aussi, les enfants ne doivent pas être traités différemment des adultes.

Dans un cas de ce genre, c'est exclusivement le droit suisse qui s'applique et non le droit de l'Etat où l'infraction a été commise.

#### 88. De lege ferenda

Le projet de LFCPM a prévu des règles de for très précises, dans un long article 37, découpé en six alinéas qui reprennent pour l'essentiel les dispositions du droit positif, mais les complètent ou les précisent, à la lumière des points évoqués ci-dessus et de la nouvelle réalité, celle d'avoir beaucoup plus d'infractions à régler avec des personnes mineures n'ayant ni domicile, ni résidence clairs (95).

Tout d'abord, le projet reprend le principe général du lieu de domicile, changeant ce terme par celui plus large de résidence habituelle, pour les crimes et les délits et celui du lieu de commission pour les contraventions. Pour ces dernières, cependant, il règle la question des cas où une mesure semble devoir être prise ou modifiée, en confirmant la pratique actuelle des autorités de se dessaisir également de ces cas pour l'instance du lieu de domicile (art. 37 al. 2 LFCPM).

Pour les cas où les mineurs n'ont pas de résidence habituelle en Suisse, le projet de loi pose le principe du lieu de commission pour les infractions commises en Suisse et pour les infractions commises à l'étranger, le lieu d'origine pour les Suisses ou le lieu d'arrestation pour les étrangers. Cette solution ne s'écarte donc pas du droit en vigueur (art. 37 al. 1 litt. a et b LFCPM).

Pour les poursuites pénales en Suisse d'infractions commises à l'étranger par les mineurs, le projet de loi reprend également le droit en vigueur, en le précisant. Il faut alors trois conditions pour que la poursuite puisse s'effectuer : une requête de l'autorité étrangère où l'acte a été commis, la punissabilité réciproque, la résidence habituelle en Suisse ou la nationalité suisse (art. 37 al. 3 LFCPM).

Le droit suisse est seul applicable pour les cas décrits à l'alinéa 3 ci-dessus, ce qui ne s'écarte pas du droit positif et l'exécution des jugements appartient à l'autorité du lieu où le jugement a été rendu, en confirmation de ce qui se pratique actuellement et en application des principes de proximité déjà développés.

La modification proposée réside dans l'autorité compétente pour trancher des litiges en matière de compétence entre les cantons : plutôt que le Conseil fédéral (art. 372 ch. 1 al. 3 CP), le projet propose le TF (art. 37 al. 6 LFCPM).

#### 89. Conclusion

Les règles prévues dans l'avant-projet de LFCPM semblent répondre entièrement aux exigences particulières du droit pénal des mineurs et devraient être reprises telles quelles dans un code de procédure pénale unifiée.

### CHAPITRE III : La Disjonction des causes

#### 90. Le principe

Le droit pénal des mineurs en Suisse, mais aussi partout où ce droit existe dans le monde, est un "Täterstrafrecht", c'est-à-dire un droit où la personne de l'auteur intéresse l'instance judiciaire tout autant sinon davantage que l'acte. Dès lors, toute procédure est individualisée et soumise à l'impératif de découvrir les raisons qui ont conduit à tel comportement délictueux.

Cette individualisation conduit à traiter chaque cas pour lui-même, sans considération d'autres critères. Cela semble simple et aller de soi; cela revêt une certaine importance notamment dans les affaires où des infractions ont été commises en bande ou en groupe. Dans les pratiques cantonales, chaque auteur est l'objet d'un dossier et toute l'intervention est dirigée selon les événements qui intéressent cette

personne et non selon le déroulement logique d'une affaire devant la justice ordinaire. Il s'ensuit que des auteurs ayant commis des actes semblables pourront être traités de manière fort différente, selon qu'il apparaît nécessaire pour les uns de recevoir des soins éducatifs et pour les autres de se voir appliquer une sanction.

Le principe même d'individualisation est l'une des caractéristiques du droit pénal des mineurs et ne pose guère de difficultés : fondement de l'intervention du Jugendanwalt/Juge des mineurs, il n'est pas contesté. Sur le plan de la procédure pénale, il convient de régler la question de la compétence, lorsque des mineurs et des majeurs commettent des infractions ensemble. Qui sera autorité d'instruction? de jugement?

Cette situation, relativement courante dans la pratique et qui se produit avec les bandes constituées d'adolescents proches de la majorité et les jeunes adultes, est réglée de manière quasi-unanime par les dispositions cantonales de procédure. Une seule règle a été retenue en l'espèce : dans les situations de ce genre, les causes des majeurs et des mineurs sont disjointes. Les premières sont de la compétence des juridictions ordinaires; les secondes, des juridictions spécialisées des mineurs (96).

Presque tous les codes de procédure cantonaux consacrent cette solution. Ainsi à Argovie, l'article 8 DJStRP; à Berne, l'article 42 LRMD; à Fribourg, l'article 33 LJPM; à Genève, l'article 47 LJEA; aux Grisons, l'article 202 StPO; à Lucerne, l'article 196 StPO; à Uri, l'article 262 StPO; en Valais, l'article 154 CPP, etc.

## 91. Conclusion

Dans la pratique, cette disjonction des causes entre mineurs et majeurs ne semble pas occasionner de difficultés particulières, ni aux instances des mineurs, ni à celles des majeurs. Une telle réglementation doit donc subsister dans le droit de procédure à venir.

## CHAPITRE IV : Le Huis clos

### 92. Le principe

Une des caractéristiques les plus connues de la justice juvénile réside dans le principe de la non-publicité des débats. L'exigence de publicité du droit pénal ordinaire est battue en brèche par la nécessaire protection de la vie privée de l'auteur de l'infraction et de sa famille. A des considérations de prévention générale, priorité est accordée à des considérations de prévention spéciale.

La procédure ordinaire a prévu des formes visibles et très ritualisées (lieu, vocabulaire, tenue vestimentaire) qui permettent à la société de savoir que justice est rendue et comment elle est rendue. Ceci est une nécessité pour le citoyen d'être renseigné sur ce qui se passe au "Palais de Justice". Mais, ce faisant, la justice poursuit également un autre but, celui d'avertir le citoyen que toute infraction est punie; c'est l'exemplarité du châtement. Mais il est clair que par ces formes transparentes, la justice met à nu le prévenu et met son histoire factuelle - et personnelle - sur la place publique.

Il est évident que la procédure pour les mineurs ne cherche pas les mêmes effets. Au contraire, elle vise à la confidentialité, à la protection de la sphère privée du mineur et de sa famille, elle cherche à protéger l'avenir du prévenu. Etaler son histoire en pâture risquerait de compromettre très sérieusement toutes les chances de (ré)insertion. Il y a donc un intérêt très sérieux à préserver le procès des jeunes prévenus.

Une deuxième nécessité découle de la personnalité des prévenus mineurs. Ceux-ci sont souvent immatures et peu conscients des actes qu'ils commettent : les livrer à la publicité risquerait d'aller aux fins contraires des objectifs éducatifs recherchés, en leur permettant de se croire des héros. Même négatif, l'image du héros a un impact psychologique important sur la formation de la personnalité de l'enfant. Nous le voyons très bien dans les organisations de milice qui engagent des enfants-soldats ou dans les organisations de type mafieux qui ont



recours à des adolescents pour effectuer de basses besognes. Le fait de ne pas leur offrir la vitrine de la justice pour exacerber leur orgueil mal placé est donc une nécessité.

En mettant, en plus, en évidence l'intérêt que les médias portent d'une manière souvent exagérée aux actes commis par de très jeunes délinquants, nous nous rendons compte de la nécessité d'établir des règles strictes pour éviter d'aller à fin contraire des buts visés.

### 93. Les dispositions cantonales

Toutes les raisons mentionnées ci-dessus sont assez éloquentes pour avoir convaincu la majorité des cantons de ne pas ouvrir au public la procédure pénale pour les mineurs, devant les instances cantonales. A notre connaissance, tous les cantons ont légiféré dans ce sens.

Appenzell AR le prévoit expressément à son article 197 litt. o ch. 1 StPO; Bâle-Ville, à son article 32 JStRP; Argovie, à son article 9 ch. 1 DJStRP; Berne, à l'article 52 LRMD; Fribourg, à l'article 45 LJPM; Jura, à l'article 47 ch. 1 LTM; à Uri, l'article 265 StPO, etc.

Il y a donc une réelle unanimité pour établir le principe du huis clos dans les procédures pour les mineurs.

### 94. Le huis clos et la CEDH

Le principe de la non-publicité des débats a été attaqué devant le TF, sous prétexte que l'article 6 par. 1 CEDH qui assure à chacun le droit de voir sa cause jugée de manière publique, était violé. Il s'agissait d'un cas zurichois, où le Bezirksgericht agissant comme Jugendgericht avait repoussé une demande du défenseur d'un prévenu de rendre les débats publics dans une cause impliquant un mineur auteur d'actes en rapport avec de nombreux troubles à connotation "politique".

A l'occasion de sa décision, le TF (97) a considéré que les juridictions des mineurs étaient régies par des règles particulières qui

pouvaient déroger au droit ordinaire. Dans le domaine de la publicité des débats, il a jugé que l'intérêt du mineur était déterminant et que le jeune délinquant devait être mis à l'abri de la curiosité du public. "Il paraît aujourd'hui raisonnable de mettre en balance l'intérêt public à une justice rendue au grand jour et l'intérêt privé du jeune délinquant à la discrétion. La préférence accordée aux intérêts du mineur se justifie en procédure zurichoise d'autant plus que les tuteurs et gardiens du mineur sont autorisés à assister aux débats à huis clos." (98).

La Cour européenne a eu l'occasion de se prononcer de manière très claire sur ce sujet, dans son arrêt récent dans la cause T. c. Royaume-Uni qui vient d'être rendu (16.12.1999; Requête no 24724/94; à notre connaissance pas encore publié). Dans le considérant lié au fait que le procès du recourant s'était déroulé en public, la cour a émis les considérations suivantes :

"74. A cet égard, la Cour relève que parmi les garanties minimales offertes aux enfants accusés d'infraction à la loi pénale, l'article 40 al. 2 litt. b de la CDE dispose que leur vie privée doit être pleinement respectée à tous les stades de la procédure. De même, l'article 8 des Règles de Beijing énonce que "le droit du mineur à la protection de sa vie privée doit être respecté à tous les stades" et qu'"en principe, aucune information pouvant conduire à l'identification d'un délinquant mineur ne peut être publiée" [...]

75. La Cour estime que ce qui précède témoigne d'une tendance internationale en faveur de la protection de la vie privée des mineurs impliqués dans une procédure judiciaire et relève en particulier que la CDE a force obligatoire pour le Royaume-Uni, comme pour l'ensemble des Etats membres du Conseil de l'Europe. En outre, l'article 6 par. 1 CEDH énonce que "l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou partie du procès (...) lorsque les intérêts (...) du mineur l'exigent. [.....]".

En conclusion de l'examen de ce point, la Cour a tranché :

"82. Pour la Commission, lorsqu'un enfant fait l'objet d'une accusation en matière pénale et que le système interne requiert une procédure d'établissement des faits en vue de prouver sa culpabilité, il importe de tenir compte, dans les procédures suivies, de l'âge de l'intéressé, de sa maturité et de ses capacités sur le plan émotionnel. Elle estime que dans le cas d'un enfant de onze ans, un procès public [...] avec la publicité dont il s'accompagne, doit être considéré comme une procédure extrêmement intimidante..."

La Cour a ainsi conclu à une violation de l'article 6 par. 1 CEDH par l'instance judiciaire britannique, sur ce point.

#### 95. La LFCPM

Il paraît normal que le projet soumis aux Chambres fédérales reprenne à son compte le principe du huis clos, tel que retenu par toutes les législations cantonales. A son article 38 al. 2 LFCPM, il est fixé le principe général suivant : "La procédure se déroule à huis clos".

Mais l'avant-projet prévoit à ce principe deux exceptions notables (art. 38 al. 2 2ème phr.) :

- lorsque l'intérêt public le commande,
- lorsque le mineur ou ses représentants légaux l'exigent.

Dans le message (99), il n'y a pas de justification de ces deux exceptions. Nous pouvons penser qu'il existe des cas très graves, qui ont défrayé la chronique, où la vie du mineur et les conditions personnelles de son existence sont déjà sur la place publique et où il n'y a plus grand chose à préserver. Dans ces cas, une levée du huis clos pourrait être admise. Nous ne voyons cependant pas bien ce que pourrait apporter l'ouverture des débats au public et nous sommes réservé face à cette faculté.

Nous pouvons aussi imaginer des cas où soit le mineur soit ses représentants légaux conçoivent une certaine crainte devant le fonctionnement de la justice et demandent, pour des raisons de transparence, la levée du huis clos. Il peut exister encore des situations où le prévenu et ses parents ont un intérêt direct à faire passer un message au public et utilisent le porte-voix des médias à ces fins (politiques, par exemple).

Ces deux cas de figure paraissent néanmoins assez rares et ne devraient pas entamer, de manière significative, le principe de la non-publicité des débats.

#### 96. Sur le plan des standards internationaux

La question du huis clos a aussi été abordée par les règles internationales, avec le même esprit. Les Règles de Beijing stipulent en leurs articles 8.1 et 8.2 que le mineur a droit à la protection de sa vie privée à tous les stades de la procédure et qu'aucune information ne peut être publiée, si elle devait permettre l'identification du prévenu. Ici, le droit international prend en compte les mêmes intérêts que ceux évoqués plus haut : effets pernicioeux de la publicité, respect de la sphère privée.

La Loi Modèle, dans son article 3.2-20 indique que "les débats se déroulent à huis clos et le président du tribunal pour enfants peut ordonner, à tout moment, que le mineur se retire pendant tout ou partie des débats. [...] La publicité des débats et des comptes-rendus est restreinte. L'identité du mineur délinquant ne doit jamais être révélée publiquement, en particulier dans les journaux, à la radio ou à la télévision.[...]".

Ces dispositions sont donc claires et manifestent toutes le même souci de préserver la confidentialité des affaires pénales relatives au mineur.

Il est intéressant de noter la précaution supplémentaire que prend la Loi Modèle, en donnant la possibilité au juge de libérer l'enfant,

pendant une partie des débats, de son obligation d'être présent. Ceci est compréhensible pour des raisons d'ordre familial, au moment où sont abordées des questions délicates en rapport avec les parents de l'intéressé par exemple, ou pour des raisons psychologiques lorsque les aspects de sa personnalité seront traités avec les spécialistes. Il n'est pas toujours opportun que le mineur entende tout et il faut éviter les effets nocifs d'une certaine partie des débats.

#### 97. Conclusion

Le principe de la non-publicité des débats s'impose donc de manière claire et devrait ainsi être repris dans un code de procédure pénale unifiée.

### CHAPITRE V : La Procédure orale

#### 98. Le principe

Le droit pénal des mineurs fait obligation au juge de connaître la personnalité de l'enfant pour répondre à la question de savoir, en priorité, si le mineur a besoin d'être pris en charge par le biais d'une mesure éducative. Pour ce faire, le meilleur moyen dont dispose le juge est de s'entretenir avec l'enfant. Comme nous l'avons dit plus haut, la parole de l'enfant est au centre du procès; elle n'est pas le seul élément à considérer, mais elle représente une valeur très importante, car c'est par elle que le magistrat spécialisé peut se forger une opinion.

C'est pourquoi, la procédure doit être orale et la présence de l'enfant à divers stades de l'intervention judiciaire est requise. Il ne paraît guère possible de prendre une décision uniquement sur dossier ou de laisser le mineur être représenté par ses parents ou par un défenseur. Sa présence est indispensable (100).

Les cantons ont légiféré dans ce domaine procédural également. Ainsi par exemple : le canton du Jura, à l'article 49 ch. 1 LTM "le

mineur est tenu de comparaître personnellement"; St-Gall, dans ses articles 304 et 304 bis StPO; Lucerne à l'article 223 ch. 1 StPO; Uri, à l'article 276 StPO; Vaud à son article 42 LJPM, etc.

Le projet de LFCPM instaure le même devoir à l'article 38 al. 3 "le mineur doit être entendu personnellement; les dispositions applicables aux procédures particulières sont réservées". Le législateur entend ainsi consacrer clairement cette règle et la place procédurale centrale du mineur, dans le nouveau droit. Cela paraît être admis comme un élément fondamental de l'intervention éducative vis-à-vis des mineurs délinquants.

D'ailleurs, les règles internationales imposent également l'audition de l'enfant : La Loi Modèle, à son article 3.2-20 indique que "Le tribunal statue après avoir entendu l'enfant [...]" et les Règles de Beijing, dans l'article 14.2 imposent que la procédure se déroule dans un climat tel qu'il favorise la participation du mineur.

#### 99. L'exception

Comme nous l'avons mentionné en évoquant les principes généraux qui doivent inspirer des règles de procédure pénale particulières pour les mineurs, il convient d'agir rapidement (célérité de l'intervention) et de ne pas intervenir plus que nécessaire (limitation de l'intervention au strict nécessaire). Or, la procédure orale et la comparution du mineur à l'audience, sont des opérations relativement stigmatisantes et qui peuvent entraîner un ralentissement de la procédure.

Dans toutes les affaires sans gravité, qui ne peuvent se classer par opportunité - nous pensons ici surtout aux infractions à la législation sur la circulation routière - il paraît utile de prévoir une procédure accélérée et écrite. Pour ce type d'infractions, la comparution n'apparaît pas apporter grands éclaircissements et nous pouvons très bien envisager un procédé par ordonnance pénale où le mineur a l'occasion de s'exprimer par écrit s'il entend s'opposer au prononcé qui lui est signifié.

#### 100. L'intérêt de l'enfant

A côté de cette exception, il y a aussi des situations où l'intérêt de l'enfant doit primer et où il doit pouvoir être dispensé de comparaître. Citons parmi les exemples, les situations où l'enfant ne dispose pas de toutes ses facultés en raison d'une faiblesse d'esprit passagère ou de longue durée; celles où il a subi un grave traumatisme du fait de l'infraction commise (par exemple un accident de la circulation qu'il a causé fautivement, mais dont il ressort blessé gravement); celles aussi où il a agi comme auteur, mais étant lui-même victime de mauvais traitements ou d'abus et où l'évocation de ces faits risque une victimisation secondaire.

Dans ces cas, il convient de prévoir la faculté pour celui qui mène l'instruction et les débats de pouvoir dispenser l'enfant de comparaître. Les intérêts de l'enfant devront alors être représentés par ses représentants légaux (parents, tuteur), par un éventuel défenseur choisi ou d'office ou par le service de protection qui a la responsabilité de suivre l'enfant.

Plusieurs législations cantonales ont prévu cette possibilité de dispense. Ainsi : Fribourg à son article 43 ch. 2 LJPM; Berne à son article 55 ch. 2 LRMD; Lucerne à son article 223 ch. 2 StPO; Valais à son article 156 ch. 3 et 4 CPP.

Nous avons vu plus haut que la Loi Modèle permettait cette même restriction à la présence du mineur aux débats, lorsqu'il y avait des risques pour lui (art.3.2-20).

#### 101. Conclusion

La confrontation de l'enfant et du juge est une étape capitale de la procédure; il ne faut pas l'escamoter, ni dans la phase de l'instruction, ni dans la phase des débats, lorsqu'elles doivent avoir lieu. Mais il convient aussi de dispenser l'enfant de comparaître lorsqu'un intérêt supérieur le commande et d'aménager des procédures accélérées pour les infractions de peu de gravité qui peuvent être réglées par une procédure écrite.

## CHAPITRE VI : La Participation des parents

### 102. L'esprit

Il est temps de parler des parents et de leur participation dans la procédure. En effet, nous avons déjà eu l'occasion de souligner le rôle très important qu'ils jouent dans la réussite ou non de la mesure protectrice prise en faveur de leur enfant. Il est aussi évident que dans un droit dont l'objectif prioritaire est d'être éducatif, les premiers détenteurs de l'obligation d'éducation doivent être associés à la procédure pénale, dans toute la mesure du possible.

Par parents, il faut entendre bien sûr tout d'abord le père et la mère du prévenu. La famille a, cependant, subi de grands bouleversements et nous nous trouvons souvent en présence de familles mono-parentales ou recomposées, avec l'effet de n'avoir soit qu'un seul des deux père et mère, soit une multiplication des acteurs parentaux. De plus, les personnes significatives pour l'enfant peuvent se situer en dehors de la sphère familiale proprement dite, notamment lorsque l'enfant est confié à une famille d'accueil ou qu'il est pris en charge par un service de protection de l'enfance. Ici, nous appliquerons la règle de s'adresser à celui des parents qui détient l'autorité parentale; dans le nouveau droit du divorce, en cas d'autorité parentale conjointe (art. 133 al. 3 GC), nous impliquerons les deux parents. Pour un enfant sous tutelle, nous traiterons avec le représentant de l'autorité tutélaire. Pour un enfant qui n'est pas sous tutelle, mais qui fait déjà l'objet d'une mesure éducative soit du droit civil (surveillance de l'éducation ou curatelle éducative des articles 307 et 308 CC), soit du droit pénal (assistance éducative ou placement des articles 84 et 91 CP), nous associerons à la procédure à la fois les détenteurs de l'autorité parentale et les personnes en charge de la situation pour le compte du service de protection ou de l'institution.

Il paraît néanmoins utile, dans certaines situations, de pouvoir faire appel à des personnes ressources de la famille ou extérieures à celle-ci, mais qui ont une relation de confiance avec le mineur. Dans



l'appréciation des personnes appelées à participer à la procédure, il convient de laisser une grande souplesse au juge et de ne pas limiter la participation aux seuls détenteurs d'une obligation juridique vis-à-vis de l'enfant.

Ce que la loi de procédure doit viser, c'est de permettre au mineur, qui par définition n'a pas encore le plein exercice de ses droits, d'être accompagné dans tous les actes de procédure où cela est possible, par la ou les personnes dont l'influence est déterminante pour lui. Il s'agit à la fois d'une notion d'accompagnement et à la fois d'une notion de représentation.

Mais cela va aussi au-delà de l'intérêt direct du sujet au procès puisque cela devrait constituer une obligation pour l'instance judiciaire d'informer les parents au sens large de l'action intentée contre le mineur, des suites possibles et des mesures prévues pour ainsi leur permettre d'exprimer leur avis, de participer aux opérations, voire de s'y opposer. Ces interventions se justifient également pour conseiller le mineur sur la conduite à suivre, préparer sa défense ou l'amener à adhérer à telle mesure prévue par le magistrat.

Si tout le monde s'accorde pour offrir une place de choix aux parents dans la procédure menée à l'égard de leurs enfants, il faut mentionner les difficultés qu'éprouvent parfois les magistrats à faire comparaître les parents : ou ces derniers ressentent honte et détresse et ne veulent pas affronter la justice; ou alors, ils rejettent complètement leur enfant qui s'est mal conduit ou qui a mis en échec leur éducation. Certains nomment un avocat et se sentent alors délivrés du devoir d'assister leur enfant; il y a pourtant une différence fondamentale entre le rôle de l'avocat et celui des parents. Il en résulte donc parfois l'obligation faite aux parents de participer à la procédure; cette obligation doit être utilisée avec parcimonie et diplomatie, pour atteindre l'objectif d'une participation réelle aux solutions visées par le juge.

### 103. Les dispositions cantonales

Tous les cantons ont prévu des règles qui permettent aux parents et à l'entourage direct du mineur de prendre part à la procédure pénale dirigée contre un mineur.

Le canton d'Appenzell AR désigne comme partie à la procédure le mineur et ses représentants légaux, à l'article 197 g StPO. Le canton de Bâle-Ville est très clair dans son article 19 GJStRP, en faisant obligation à l'autorité judiciaire d'informer les parents dès l'ouverture d'une procédure ; il étend le cercle des personnes à informer aux institutions et aux personnes qui ont une relation significative avec le mineur; à l'article 31, il est également fait mention de la nécessité pour les représentants légaux de prendre part aux débats, laissant le Président de la cour libre d'autoriser les autres personnes à participer (art 31 ch 2). En Argovie, l'article 9 DJStRP impose aux parents, au tuteur et aux représentants des service de protection concernés de prendre part à la procédure. Le canton de Berne a prévu un article 14 LRMD indiquant qui a la qualité de partie au procès et disant en substance que le mineur agit par ses représentants légaux; en cas de défaut, la représentation peut être assurée par les parents nourriciers ou par une autorité de tutelle nommée ad hoc. Il indique aussi, à l'article 18 que lorsqu'un mandat est décerné, les détenteurs de l'autorité parentale seront prévenus sans délai. Le canton de Fribourg a une réglementation similaire prévoyant à l'article 40 LJPM que les représentants légaux des mineurs peuvent exercer les droits de ceux-ci et à l'article 47 que les père et mère, tuteur ou personne qui exercent l'autorité domestique sont entendus. A Uri, l'article 264 StPO a prévu une réglementation particulièrement claire du devoir d'information et de participation des parents.

Nous pourrions multiplier les exemples à l'envi. Tous montrent le même souci d'associer à tous les stades de la procédure, mais surtout lorsque les formes se font plus solennelles (débats), les parents ou représentants légaux, donnant un véritable rôle de partie à ceux-ci.

Le projet de LFCPM ne prévoit pas expressément l'information et la participation des parents à la procédure; mais nous pouvons lire à travers les articles 38 et 39 que le rôle des parents apparaît en filigrane, puisqu'il est prévu un défenseur d'office pour les cas où les représentants légaux ne peuvent assurer eux-même la défense de leur enfant (art. 39 ch. 2). Autre exemple : le mineur et ses représentants légaux peuvent agir pour exiger une procédure publique (art. 38 ch. 2) ou pour choisir un défenseur en cas de détention avant jugement (art. 39 ch. 2 in fine).

#### 104. Sur le plan des standards internationaux

Une telle question a bien sûr été abordée dans les règles internationales. La CDE, dans son article 40 ch. 2 litt. b iii impose que la "cause soit entendue sans retard par une autorité judiciaire [...], en présence de ses parents ou représentants légaux".

Les Règles de Beijing ont également prévu à l'article 15 ch. 2 la disposition suivante : "Les parents ou le tuteur peuvent participer à la procédure et peuvent être priés de le faire, dans l'intérêt du mineur, par l'autorité compétente [...]".

La Loi Modèle fait l'obligation d'informer les parents, personnes ou services responsables du déroulement de la procédure (art. 3.2-11) et impose également à ce même cercle de participer aux débats (art. 3.12-19). Le commentaire relatif à l'article 3.12-11 est clair à ce sujet (101) :

"The right of participation by juvenile's parents or legal representatives, who are immediately informed of the progress of the proceedings, must be considered as general, psychological and emotional assistance to the juvenile, throughout the proceedings. The search for an appropriate solution by the competent authority can, indeed, be facilitated by the co-operation of the juvenile's parents or legal representatives."

Dans le dernier né des documents relatifs à la Justice Juvenile produit par les Nations Unies (102), le principe de l'information des

parents est repris comme un des principes de base du système pénal des mineurs : "Parents are to be notified of any arrest, detention, transfer [...] of their child" (International umbrella principles litt o). Avec le commentaire suivant "There is a strict duty on a State to ensure that notification of arrest, detention, transfer [...] occurs promptly. Such prompt notification is an essential element of an accountable system required by international law".

#### 105. La restriction de la participation des parents

Comme cela a été évoqué plus haut au sujet de la parole de l'enfant et du rôle que le mineur doit jouer dans les débats, il y a des situations où la participation des parents doit être limitée. Cela peut se produire dans les cas où les mineurs ont commis des infractions avec les parents (criminalité organisée), dans des situations où les infractions commises sont le résultat de maltraitance ou d'abus de la part des parents (infraction comme signal de détresse). Cela peut aussi se produire lorsque les parents n'exercent aucune autorité ou influence significative vis-à-vis de leurs enfants, même si de droit ils sont encore détenteurs de l'autorité parentale (enfants livrés à eux-mêmes). Dans ces cas, l'information des parents sera sommaire et leur participation, notamment aux débats, pourra être réduite, pourra se faire hors de la présence de l'enfant, voire sera exclue.

Il est toutefois délicat d'exclure complètement la participation des parents. En effet, il nous semble judicieux de considérer qu'une comparution des parents, même responsables de fautes à l'égard de leurs enfants, est aussi une manière de les responsabiliser davantage par rapport aux actes reprochés. Il faudra veiller à ce que l'audition de l'enfant et celle des parents puissent s'effectuer dans des moments différents et avec le doigté nécessaire.

Les cantons ont prévu des dispositions permettant soit de limiter la participation des parents, soit d'entendre enfants et parents de manière séparée. Ainsi à Genève, l'article 33 LJEA; à St-Gall, l'article 305 ter StPO; à Lucerne, l'article 223 ch. 3 StPO.

#### 106. Conclusion

Ces cas restent malgré tout - et heureusement - rares. Généralement, les parents doivent être associés à toutes les phases de la procédure, autant que faire se peut, par l'information tout d'abord, puis par la participation effective, notamment lors des audiences du magistrat comme juge unique ou de la chambre collégiale. Un tel principe devrait être repris dans une loi de procédure unifiée; la limitation de la participation des parents restant l'exception.

### CHAPITRE VII : L'Accès au dossier

#### 107. Le principe

Selon la justice ordinaire, le prévenu a le droit de consulter son dossier. Ce droit découle de la nécessité de connaître les charges qui pèsent sur lui et de pouvoir se défendre correctement. C'est un des aspects du droit d'être entendu. Il est déduit de l'article 4 cst. qui garantit à toute personne le droit d'être entendu avant qu'une décision ne soit prise à son égard; le prévenu doit notamment avoir la possibilité de prendre connaissance du dossier dressé à son égard. Pour le TF, les choses sont claires : "Le droit de consulter le dossier, comme celui de prendre connaissance des preuves recueillies par l'autorité, découle du droit d'être entendu; l'examen du dossier, sans lequel l'intéressé ne saurait s'exprimer valablement, est en effet essentiel." (103). Le droit d'accès au dossier peut se déduire aussi de l'article 6 par. 3 litt. b CEDH (104).

Ce droit est-il dévolu de la même manière aux mineurs et à leurs représentants légaux? Dans ce domaine, la pratique des tribunaux des mineurs a été jusqu'il y a peu relativement restrictive, au vu du contenu des dossiers. En effet, ceux-ci, outre les rapports de police, les documents judiciaires, les procès-verbaux, contiennent très souvent, en tous les cas dans toutes les affaires qui emportent une mesure éducative, une masse de renseignements relatifs à la personne de l'auteur, à sa

sphère familiale et à des considérations sur son comportement ou les raisons de celui-ci, émises par psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux, maîtres d'école, employeurs etc. Permettre une consultation complète de ces dossiers pose donc un double problème :

- celui de l'accès pour des enfants ou des adolescents (et leurs parents) à des informations qui parfois sont difficiles à appréhender sans un minimum de connaissances, parfois livrent des "secrets de famille" et les officialisent ou portent des appréciations sur la personne de l'auteur sans grandes nuances, voire peuvent être choquantes pour le sujet qui en prend connaissance;
- celui pour l'autorité judiciaire de pouvoir compter sur des renseignements de qualité et complets venant de spécialistes ou d'experts, qui ne sont pas prêts à livrer leurs conclusions s'ils savent que celles-ci tomberont dans les mains de ceux qu'ils ont examinés ou sur lesquels ils doivent fournir un avis.

S'il y a donc un droit pour le prévenu mineur de connaître les charges qui pèsent sur lui, il y a aussi un intérêt légitime à restreindre l'accès au dossier. Cette limitation découle du même souci de confidentialité que celui qui a été développé dans le chapitre consacré au huis clos.

#### 108. Les dispositions cantonales

Les cantons ont opté pour des solutions qui ne sont pas toutes identiques. Ce qu'il y a de commun, c'est la volonté de protéger l'intérêt du mineur, en restreignant assez sévèrement l'accès au dossier

St Gall prévoit expressément à son article 297 StPO la possibilité d'exclure complètement l'accès au dossier pour le mineur et ses parents lorsque cette consultation pourrait être préjudiciable. Bâle-Ville à son article 14 GJStRP règle de manière claire la possibilité pour le mineur

et ses représentants le droit d'accès au dossier, en le limitant aux documents qui ne touchent pas la personne; les défenseurs peuvent avoir accès aux documents confidentiels, mais ne doivent pas s'y référer. Argovie à son article 16 DJStRP confie la décision relative à l'accès au dossier à la direction de la justice du canton, sauf pour les autorités judiciaires, tutélaires ou scolaires qui ont un accès direct. Berne à l'article 22 LRMD a prévu la possibilité de donner des renseignements sur les dossiers, s'il existe un "intérêt digne de protection". Fribourg, n'a pas réglé cette question dans sa LJPM, mais a prévu un article 38 dans son projet de nouvelle loi, qui mentionne très clairement le droit de consulter le dossier, tout aussi bien, à l'article 39, le pouvoir du juge de restreindre ce droit pour des raisons de respect de la sphère privé ; par contre cette limitation ne s'impose pas envers le défenseur et le Ministère public. Genève, à l'article 54 LJEA permet l'accès à tout personne présentant un intérêt légitime, mais interdit cet accès pour les pièces relatives à la personnalité, sauf pour le défenseur qui ne peut cependant en faire état, qu'à huis clos.

Nous pouvons donc dire que la plupart des cantons ont prévu des possibilités d'accès au dossier, mais que la plupart aussi ont prévu la possibilité de limiter cet accès.

D'une manière concrète, nous pouvons dire qu'il y a dans les dossiers des mineurs deux types de documents :

- ceux qui touchent les faits proprement dits, soit les rapports de police, les interrogatoires et procès-verbaux d'audience, les mesures techniques (prises de sang, test d'urine, rapport médicaux sur la santé du lésé, etc.) la position du plaignant ou de la partie civile, la demande d'indemnisation, les pièces de formes, etc.;
- ceux qui touchent la personne de l'auteur et le cercle de ses familiers, soit les rapports d'enquête sociale, les examens psychologiques, les rapports médicaux, les observations scolaires, les renseignements du patron ou de l'employeur, les expertises psychiatriques, les notes personnelles du juge sur la problématique du mineur, etc.

Ainsi presque unanimement, sauf dans les cantons qui excluent tout accès au dossier, les dispositions cantonales vont dans le sens de laisser plus ou moins libre l'accès aux documents sur les faits, mais limitent la consultation des documents de personnalité aux seuls défenseurs et Ministère public, voire l'interdisent complètement.

#### 109. Le TF

Dans un arrêt rendu le 5 novembre 1995, mais non publié (105), la Cour de droit public du TF a traité de cette question à la suite du recours d'un mineur contre le refus de communiquer des photocopies du dossier à la victime d'une infraction. A cette occasion, le TF a confirmé très clairement que la consultation du dossier dépend de l'article 4 cst. et que l'accès d'un dossier ne peut être limité que dans la mesure où l'intérêt public ou l'intérêt prépondérant de tiers exigent que des documents soient tenus secrets. Le TF a rappelé au considérant 6 litt. b. que le droit pénal des mineurs cherche à favoriser l'insertion sociale du prévenu par des mesures éducatives et que, dès lors, les jugements pour les mineurs comprennent beaucoup de renseignements sur l'état physique et moral du prévenu, sa situation morale et matérielle, son caractère et son entourage et que le principe de la confidentialité joue donc un rôle important dans la protection de la personnalité du mineur. Il conclut donc qu'une communication partielle du jugement par exemple, comprenant notamment les infractions commises, les constatations relatives à l'existence d'une faute et de circonstances atténuantes et la confirmation du prononcé d'une sanction ou d'une mesure peut être compatible et avec la LAVI (in casu) et avec le principe de confidentialité de la procédure pénale des mineurs.

D'une manière générale, le TF a également admis qu'il n'est pas exclu que le droit de prendre connaissance du dossier puisse être restreint dans l'intérêt du requérant lui-même, notamment lorsqu'il peut s'agir d'informations concernant certaines personnes ou certains événements de nature à compromettre le succès d'une thérapie ou à réveiller de vieilles blessures auprès du requérant et à le léser gravement" (106). Cet arrêt ne visait pas un mineur, mais ce cas de figure est pleinement valable pour un mineur devant l'instance judiciaire concernée.



Dans ces conditions et en se référant aux objectifs du droit pénal des mineurs, il paraît admis et non attentatoire au droit du mineur d'être entendu, de censurer des pièces de la procédure ou du jugement et de ne permettre que l'accès à une version objective, portant sur les faits, mais non sur la personne du prévenu ou du condamné. Par rapport aux droits des victimes tels que définis dans la LAVI, cette manière de procéder ne semble pas non plus créer une violation des droits de la victime d'être renseignée à tous les stades de la procédure sur une infraction dont elle a pâti (art. 8 al. 1 et 2 LAVI).

#### 110. Conclusion

Même si les règles internationales n'abordent pas cet aspect de la procédure pénale et ne nous donnent pas d'autres éclairages sur cette question, nous pouvons conclure ce chapitre en admettant que le principe de l'accès au dossier doit être autorisé aux mineurs et représentants légaux, mais que certaines pièces, notamment celles qui touchent la personnalité, peuvent revêtir un caractère secret, partant ne pas être accessibles, sauf aux avocats et agents du Ministère public. Par rapport à la victime, l'accès au dossier doit être aussi autorisé, mais bien sûr pas l'accès aux renseignements de personnalité.

### CHAPITRE VIII : La Partie civile

#### 111. Le principe

L'apparition de la victime, comme personne justifiant d'un accès au dossier, nous permet de faire la transition vers la partie civile. Nous avons parlé surtout d'autres participants à la procédure : l'auteur mineur d'une infraction, ses parents et, dans la partie précédente, le Ministère public. Il faut maintenant aborder la question de la partie civile. Celle du défenseur sera traitée au chapitre suivant.

L'action civile est une action en réparation du préjudice subi, préjudice matériel ou moral né d'une infraction. Celui qui exerce cette

action peut revêtir plusieurs formes : plaignant, lésé, victime. Ils sont nommés communément "la partie civile" (107). Seule la personne qui a directement souffert de l'infraction peut demander réparation. Le préjudice subi doit donc être personnel, direct, actuel et certain, faute de quoi, l'action civile n'est pas recevable (108). Le fait d'introduire l'action civile confère à son auteur une position de partie au procès pénal et lui donne donc un certain nombre de droits, que doit préciser la procédure, à savoir le droit d'être entendu, le droit de prendre part aux débats, le droit de consulter le dossier, le droit de réclamer des dommages et intérêts, le droit de recevoir les décisions judiciaires, le droit de recours, parfois aussi le droit de bénéficier d'un avocat d'office.

L'action civile devant le tribunal pénal se justifie par des questions d'ordre pratique : il faut permettre à la victime d'obtenir rapidement satisfaction, sans avoir besoin de saisir une deuxième instance (civile) et éviter au défendeur de devoir se défendre devant deux instances (109). Cet aspect pratique devrait aussi valoir devant les tribunaux des mineurs. Or, nous nous apercevons, en observant les législations cantonales, que cette raison n'a pas été prise en compte de manière générale et qu'il existe un conflit d'intérêt entre la constitution de partie civile et les objectifs du droit pénal des mineurs.

Nous pouvons résumer ainsi les griefs faits à la présence de la partie civile : dans le procès mené à l'égard d'un prévenu mineur, le juge se préoccupe que peu de l'infraction, motif de l'intervention mais non critère de la décision; dès lors, s'intéresser à la partie civile et lui donner des droits dans la procédure pourrait constituer un obstacle à une prise en charge vraiment individualisée. Par ailleurs, la confidentialité des débats et les méthodes d'investigation s'opposent à la présence de la partie civile et à une juste prise en compte de ses intérêts. Surtout à une reconnaissance complète de ses droits, qui devront être restreints.

## 112. Les dispositions cantonales

Les cantons ont légiféré de manière différente en cette matière, certains n'admettant aucune constitution de partie civile, d'autres

limitant l'accès au procès aux situations claires n'imposant pas de démarches particulières, d'autres enfin en admettant la présence de la partie civile au procès d'un mineur.

Parmi les réfractaires, se trouve le canton de Berne qui a exclu la possibilité de se constituer partie plaignante, dans son article 14 ch. 2 LRMD; dans une révision récente, ce principe n'a pas été modifié, seule une information en cas de procédure au sens de l'article 8 LAVI ayant été rendue possible. Le canton du Jura, à l'article 14 LTM semble "oublier" complètement la partie civile, en ne la citant pas dans les parties au procès. Le canton de Fribourg exclut la constitution de partie civile à son article 29 LJPM, mais oblige à la conciliation dans les affaires qui ne se poursuivent que sur plainte (art. 39 ch. 1). Il est intéressant de noter que ce canton, dans son projet de révision totale de la loi de procédure ne modifie pas sa conception au motif que la conciliation obligatoire et la médiation nouvellement introduite donnent de bons résultats et que les effectifs en place ne permettent pas de traiter les prétentions civiles (art. 21 de l'avant-projet). Genève a une attitude semblable en refusant la constitution de partie civile devant les juridictions pour enfants et adolescents et en précisant que les dispositions des articles 8 al. 1 et 9 al. 1 à 3 LAVI ne s'appliquent pas non plus (art. 49 ch. 1 et 2 LJEA). Neuchâtel a aussi une position restrictive, en n'admettant pas la constitution de partie civile (art. 12 LPEA).

Parmi les cantons qui acceptent la constitution de partie civile, mais en introduisant des restrictions, nous pouvons citer : le canton des Grisons qui permet au Tribunal de se prononcer sur les prétentions civiles pour autant qu'elles aient été admises par le représentant légal du mineur (art. 219 StPO). Nidwald admet que l'instance pénale connaisse de la prétention civile, mais uniquement pour fixer le montant du dommage et non davantage (art. 187 ch. 3 StPO). Obwald a adopté la même pratique, en limitant l'intervention de la partie civile à l'établissement du dommage; le juge peut attribuer des dommages et intérêts que dans les affaires simples (art. 218 ch. 1 et 2 StPO). Le canton de Vaud a admis la possibilité de se constituer partie civile et a même défini les montants

que le Président, respectivement le Tribunal des mineurs pouvaient attribuer à titre de conclusions civiles; mais il a clairement indiqué que les droits de la partie civile sont strictement limités à ses intérêts civils (art. 10 al. 3 LJPM). En Valais, le plaignant ne participe pas au procès et la constitution de partie civile n'est admise que si l'action civile ne comporte pas une instruction spéciale (art. 155 ch. 1 et 2 CPP). Zoug permet la constitution de partie civile, mais prévoit que celle-ci ne peut se manifester que de manière écrite (art. 69 ch. 1 StPO).

Parmi les cantons qui acceptent la partie civile de manière très large, il y a le canton de Bâle-Ville qui dans son article 15 GJStRP, renvoie aux dispositions applicables aux adultes. Aarau est aussi assez généreux et admet la constitution de partie civile à son article 14 DJStRP, mais en limitant la compétence des autorités administratives à celles du juge de paix; dans ce canton, le lésé peut prendre part aux débats (art. 9 ch. 2), s'il n'y a pas un intérêt contradictoire. Il faut néanmoins ajouter que la partie civile ne prend pas part aux débats. Le canton de Lucerne a aussi une politique assez ouverte en permettant la constitution de partie civile et la présence aux débats, si cela peut être utile à la défense de ses intérêts (art. 223 ter StPO). St-Gall admet la constitution de partie civile et permet au Jugendanwalt de trancher des prétentions jusqu'à un montant de 20'000 fr. et renvoie la position de la partie civile aux dispositions ordinaires pour les adultes (art. 301 StPO).

Comme nous le voyons, toutes les positions, nuances, variantes et subtilités sont représentées et il n'est pas possible de tirer une ligne commune.

### 113. Tendance nouvelle sur le plan international

Depuis une dizaine d'années, nous assistons à un retour sur le devant de la scène de la victime, longtemps oubliée du procès pénal pour les mineurs. Cette nouvelle tendance est apparue notamment sous l'impulsion de la médiation, dont certains Etats ont fait le fer de lance de leur politique d'intervention face à la délinquance des jeunes, par exemple en Autriche comme cela a déjà été mentionné.

En fait, la justice des mineurs, centrée sur la personne de l'auteur et sur la nécessaire enquête bio-psycho-sociale destinée à établir ses besoins éducatifs, a souvent escamoté l'acte-infraction, partant la victime. Or, il semble particulièrement éducatif de pouvoir confronter l'auteur mineur d'un délit aux conséquences de celui-ci, d'une part pour 'éveiller sa conscience aux conséquences de son comportement, d'autre part pour l'amener à réparer le tort causé. La médiation est, en effet, un des moyens d'amener cette prise de conscience et une réparation partielle ou complète. Elle n'est pas le seul moyen. Pensons au travail d'intérêt général, qui est une réparation symbolique, ou à d'autres démarches de conciliation (110). En fait, tous ces mouvements vont dans le sens de mettre en place à côté des traditionnels modèles (Justice Model ou Welfare Model) un troisième système pour les jeunes délinquants, (Restorative Justice), qui amènerait dans le procès pénal cette dimension de la prise en compte des intérêts de la victime (111).

Troisième voie, nouvelle approche, révolution? Pour notre part, nous pensons plutôt à une évolution lente et assez naturelle vers un recentrage du procès pénal mené à l'égard du mineur. Du "tout sur la personne de l'auteur" à "tout sur la victime", il y a une solide marge qu'il ne faut pas franchir en une seule enjambée; ce qui serait d'ailleurs ni opportun, ni souhaitable. Mais il est indéniable que la justice des mineurs doit se rapprocher des victimes et de leurs légitimes intérêts à être entendues, à être considérées comme victimes et à recevoir ce qui leur revient, soit de manière symbolique (démarche personnelle, travail compensatoire, etc.), soit de manière juridique (dommages et intérêts, réparation pour tort moral).

#### 114. Sur le plan des standards internationaux

Il paraît donc assez évident que les grandes règles internationales aient repris cet esprit et l'aient transposé dans les différents textes pertinents. Cela apparaît surtout de manière très claire dans la Loi Modèle, à son article 3.2-6 :

"Les victimes peuvent se constituer partie civile dans les conditions du droit commun même lorsque l'affaire est classée

sans suite. L'action civile peut être portée devant l'autorité judiciaire compétente en matière de justice pénale pour mineurs".

Par contre, par rapport aux débats, il apparaît aussi clairement que la partie civile ne participe pas aux débats, puisque les débats sont prévus à huis clos et que les participants nommés par l'article 3.2-20 ne prévoient pas la partie civile. Par contre, dans la phase de l'instruction, il y a possibilité de rencontre avec la partie civile, dans le cadre de la conciliation-médiation à tenter.

#### 115. La LAVI

Née dans l'esprit de ce courant international, la Loi fédérale d'aide aux victimes d'infractions, entrée en vigueur le 1.1.1993, a également une influence non négligeable dans ce chapitre, en ce sens qu'elle a mis l'accent sur les victimes, en leur permettant de faire valoir leurs prétentions civiles de manière facilitée, en évitant que le juge pénal les renvoie devant le juge civil. Ce faisant, elle a posé un certain nombre de principes qui ont une incidence directe sur la procédure pénale, puisqu'elle tend à assurer la participation de la victime au procès pénal. La procédure pénale pour les mineurs est également concernée.

Nous retiendrons ici surtout l'effet de la LAVI qui permet à la victime d'obtenir un certain nombre de garanties minimales, celle de participer au procès pénal, de recourir contre certaines décisions (classement et non-lieu) et de faire valoir efficacement ses prétentions en dommages et intérêts et en réparation pour tort moral par la voie de l'action civile (art. 8 et 9 LAVI) (112). Mais la LAVI ne reconnaît pas à la victime une position identique à celle de l'accusé; la victime ne peut revendiquer d'autres droits que ceux qui lui sont accordés par la loi (113).

La victime est désignée de manière claire à l'article 2: C'est une personne qui a subi une atteinte directe à son intégrité physique,

psychique ou sexuelle; il s'agit donc d'une catégorie particulière de lésé, où l'aspect de préjudice personnel est particulièrement mis en évidence. Et cette victime a le droit, selon l'article 8 al. 1 LAVI, d'intervenir comme partie dans la procédure pénale et de faire valoir des prétentions civiles. Si le terme "intervenir" est assez vague, par contre il est clair que la victime peut exercer son action civile dans le cadre de l'action pénale (114).

La question en matière de droit des mineurs est de savoir si la LAVI s'impose sans restriction ou si les procédures cantonales peuvent y déroger pour les motifs de procédure particulière. Selon l'article 9 al. 4 LAVI, il y a une possibilité pour les cantons de déroger au droit de faire valoir des prétentions civiles devant le juge pénal dans les cas de procédures dirigées contre des mineurs (et dans le cas de l'ordonnance pénale). Cette exception permet-elle de restreindre complètement les droits de la victime? Assurément non. Dans un arrêt récent (115), le TF a déclaré très clairement que l'article 9 al. 4 LAVI visait tout d'abord le règlement par le juge pénal des prétentions civiles de la victime (art. 9 al. 1 à 3 LAVI), puis l'intervention de la victime comme partie dans la procédure pénale (art. 8 al. 1 litt. a LAVI); les cantons "peuvent faciliter le renvoi au juge civil ou l'exclure. Ils peuvent aussi, contrairement à ce que prévoit l'article 8 al. 1 litt. a LAVI limiter ou exclure l'accès au juge pénal" (116). Mais l'article 9 al. 4 LAVI ne parlant que de prétentions civiles et non de procédure, cet article ne vise pas l'article 8 al. 1 litt. b et une limitation des autres droits dans la procédure n'est donc pas admissible. Selon le TF, si les cantons excluaient le jugement de prétentions civiles, les victimes n'auraient pas non plus les droits prévus par les lettres a et c de l'article 8; donc les cantons ne peuvent exclure les droits reconnus à la victime par l'article 8 LAVI (117).

Il faut donc tirer comme certitude de l'apparition de la LAVI qu'elle a contribué à renforcer de manière significative la position de la victime dans le procès pénal en lui donnant un certain nombre de droits minimaux dans la procédure. De toute évidence, il peut y avoir collision entre LAVI et procédures pénales des mineurs de certains cantons, surtout dans les cantons qui excluent toute possibilité de se constituer partie civile (118).

#### 116. Conclusion

L'unification de la procédure pénale des mineurs devrait donc permettre de trouver aussi sur ce chapitre, une position commune plus claire. Il peut être ainsi dégagé que l'interdiction complète de se constituer partie civile devant les juridictions des mineurs est probablement excessive et qu'il faut admettre pour la partie civile le droit de se constituer devant les juridictions spécialisées.

L'intervention de la partie civile aux différents stades de la procédure peut être admise, mais non sa comparution aux débats, sauf en cas de nécessité. Le juge unique ou la chambre collégiale doit pouvoir se prononcer sur des prétentions civiles, lorsque celles-ci sont claires et les renvoyer au for civil, lorsqu'elles imposent une instruction spéciale qui entre en collision avec les objectifs du droit des mineurs.

Par rapport à la victime, les règles de la LAVI doivent pouvoir garantir les droits procéduraux définis pour les victimes.

### CHAPITRE IX : Le Défenseur

#### 117. Le principe

Le droit d'un prévenu d'être assisté d'un défenseur appartient aux principes fondamentaux d'un état démocratique. C'est d'autant plus justifié lors de l'intervention pénale où l'Etat fait appel à la force publique et où le citoyen doit pouvoir se défendre (119). Souvent, dans ces situations précises, il est dans un état de faiblesse où il ne peut guère se défendre de manière efficace. La présence d'un défenseur est alors nécessaire pour rétablir un certain équilibre des forces (120).

La CEDH, dans son article 6 ch. 3 litt. c, a fondé le droit à se défendre soi-même ou à disposer d'un défenseur de son choix; allant plus loin, elle a justifié également le droit à être assisté gratuitement d'un avocat, lorsque le prévenu n'a pas les moyens de rémunérer le défenseur



et lorsque les intérêts de la justice l'exigent. Cette disposition peut aussi se déduire de l'article 4 cst., qui fait l'obligation à l'Etat de garantir une protection juridique minimale au citoyen et qui fonde la prétention du prévenu à un défenseur d'office, si nécessaire.

La doctrine a distingué trois sortes de défense (121) :

- la défense facultative qui consacre le droit du prévenu de choisir, à toutes les étapes de la procédure, un défenseur de son choix;
- la défense obligatoire qui consacre l'obligation pour le prévenu d'être assisté d'un défenseur dans certaines situations comme le handicap mental, la menace d'une lourde peine privative de liberté ou une mesure privative de liberté, la détention préventive (soit dès le départ, soit après un certain délai) ou la comparution personnelle du Ministère public devant l'instance appelée à juger; le défenseur obligatoire peut être choisi ou nommé d'office;
- la défense d'office qui consacre le droit du prévenu de se faire assister d'un avocat, même s'il ne peut pas le payer, à certaines conditions : dans les cas de défense obligatoire ou lorsque l'affaire présente des difficultés particulières et qu'elle n'est pas un cas "bagatelle".

Lorsque le prévenu est un enfant ou un adolescent qui n'a pas de connaissances particulières du droit en général, encore moins de la procédure pénale, sa situation est d'autant plus précaire et le besoin d'être conseillé et soutenu est important. Les parents, représentants légaux, services sociaux en charge de la situation remplissent, la plupart du temps, ce rôle d'aide et de conseil au mineur. Il est des situations où cette présence sage et bienveillante ne suffit pas et où il est utile de pouvoir disposer en plus d'un défenseur (122). Dès lors, pour les mineurs aussi, peuvent intervenir les trois types de défenseurs cités ci-dessus.

Dans la pratique, nous devons constater une très faible intervention des avocats dans les causes des mineurs. La position

particulière du Jugendanwalt/Juge des mineurs, son mode d'intervention et la nécessité pour lui de connaître la situation personnelle du mineur font qu'il apparaît souvent, non seulement comme l'accusateur du prévenu, mais aussi comme son défenseur. Les liens tissés entre mineur et juge, entre représentants légaux et juge induisent très souvent un climat de confiance qui rend l'intervention du défenseur peu utile. Très souvent, lorsque la question est posée de choisir un défenseur (défense facultative) le prévenu et les siens y renoncent, motif pris qu'ils ont toute confiance dans le travail du juge. Ce sont donc ces relations personnelles qui justifient cette pratique.

Il n'en reste pas moins que la justice pénale des mineurs peut aussi connaître d'affaires compliquées ou de situations où les peines/mesures encourues comportent une restriction importante de la liberté du prévenu. Il y a donc aussi des raisons objectives pour permettre aux mineurs d'être défendus, voire où ils doivent obligatoirement pouvoir être assistés.

#### 118. Les dispositions cantonales

Dans ce domaine aussi, les cantons ont énoncé des règles assez différentes.

Appenzell AR a prévu une défense obligatoire pour les cas où le prévenu risque une détention supérieure à deux mois ou une mesure d'une même importance (art 197 h StPO).

Le canton de Bâle-Campagne a légiféré dans le sens de permettre au mineur et à son représentant légal de choisir une personne de son choix pour les défendre; cette personne peut ne pas être un avocat (art. 16 JStRP). S'agissant de la défense obligatoire, l'article 17 de cette même loi l'a instaurée dans deux situations : lorsque les parents du prévenu n'ont pas pu être atteints ou lorsque le mineur est passible d'un placement qualifié selon l'article 91 ch. 2 CP ; le défenseur désigné peut ne pas être un avocat.

A Bâle-Ville, les articles 11, 12 et 13 GJStRP règlent la question de la défense facultative, de la défense obligatoire et de la défense d'office. La défense facultative est possible dès après le premier interrogatoire; le mineur s'il a plus de 14 ans et ses parents peuvent choisir l'avocat de leur choix. La défense est obligatoire dès que l'affaire présente une complication quant au droit ou quant aux faits et lorsqu'il apparaît clairement que l'enfant et ses représentants n'ont pas la faculté de se défendre correctement. Le défenseur obligatoire peut être choisi par les parents ou désigné d'office. Lorsque la défense ne peut être assumée financièrement ni par le mineur ni par ses parents, intervient alors la défense d'office, soit en cas de défense obligatoire, de détention avant jugement et de menace d'une peine privative de liberté supérieure à 30 jours.

En Argovie, la défense obligatoire, confiée à un avocat, s'impose dès qu'il est question de placement ou de détention (art. 13 al. 1 DJStRP); l'alinéa 2 du même article énonce la possibilité pour le Président du Jugendgericht de désigner une défense d'office dans les cas graves.

Le canton de Berne a également réglé les trois cas de figure de la défense aux articles 15, 16 et 17 LRMD. La défense facultative est possible à tous les stades de la procédure; la défense est obligatoire si le Procureur comparait aux débats ou si l'affaire est grave ou complexe et qu'il semble nécessaire de désigner un conseil ou si la détention préventive dure plus de 14 jours; la défense d'office est désignée pour les cas de défense obligatoire lorsque aucune personne n'a été choisie.

A Fribourg, la LJPM ne parle pas de la défense, sauf à l'article 47 ch. 3 où il est précisé que les plaidoiries ont lieu hors de la présence du mineur, laissant ainsi entendre qu'une défense est possible lors des débats devant la Chambre pénale (défense facultative). L'avant-projet fribourgeois d'un code de procédure pénale pour les mineurs traite par contre des trois types de défense et prévoit la possibilité de défense facultative à tous les stades de la procédure, la défense obligatoire lorsque le Ministère public participe aux débats et

lorsque le magistrat l'estime nécessaire pour sauvegarder les intérêts du mineur et la défense d'office pour le mineur indigent, si la détention dure plus de 14 jours, la difficulté de la cause le justifie ou si le défenseur de la victime participe à la procédure. Il est intéressant de noter ici que la victime peut aussi avoir droit à un défenseur, notamment à une défense d'office.

A Genève, l'article 48 ch. 1 et 2 LJEA permet aux mineurs d'être assistés d'un avocat (défense facultative) et la possibilité pour le juge de désigner un avocat d'office, en cas de besoin et sur requête.

Le canton des Grisons permet aux mineurs et aux représentants légaux le choix d'un défenseur ou de faire la requête d'un défenseur d'office (art 219 a StPO ).

Le Jura a, lui aussi, prévu les trois types de défense à ses articles 15, 16, 17 et 18 LTM et permet la défense facultative à tous les stades de la procédure, laissant à l'adolescent libéré des écoles la possibilité de choisir lui-même son défenseur; la défense obligatoire est prescrite en cas de menace d'application de l'article 91 ch. 2 CP, en cas de comparution personnelle du Ministère public aux débats, en cas de difficultés particulières (de droit ou de fait) d'une affaire et en cas de détention préventive d'une durée supérieure à un mois; la défense d'office peut être exercée par "un assistant judiciaire", défini comme une personne expérimentée, lorsque la défense des intérêts de l'enfant ne paraît pas suffisante.

Le Tessin, dans sa nouvelle Loi sur la juridiction des mineurs du 8.3.1999, qui est entrée en vigueur le 1.3.2000, a prévu un renvoi des questions de la défense au Code de procédure pénale pour les adultes (art. 49 à 66 CPP), tout en précisant qu'en cas de détention préventive, il y avait nécessité de nommer un défenseur obligatoire (art. 14 ch. 2 nouvelle loi).

A Zürich, le StPO dans ses articles 370 et 380 prévoit la possibilité de la défense facultative et celle de la défense obligatoire

en cas de détention préventive ou de mesures de placement provisoires ou lorsqu'il apparaît que le mineur sera mal défendu, en raison de la complexité de la cause ou de conflits d'intérêts. Le défenseur peut ne pas être avocat.

Nous pourrions continuer l'énumération; elle n'amènerait pas grand'chose de plus. Ce qu'il faut noter, c'est que tous les cantons ont légiféré dans ce domaine, mais que les solutions sont aussi variées qu'il y a de législateurs... Le tendance est cependant, plus les lois cantonales sont récentes, de bien distinguer les trois types de défense et de prévoir une défense obligatoire à certaines conditions; les critères communs sont la détention préventive soit dès le départ, soit après une certaine durée, la complexité de l'affaire ou la gravité de l'infraction et le doute sur la capacité des représentants légaux de défendre leur enfant.

#### 119. Sur le plan des standards internationaux

Il est clair que la question de la défense est largement traitée par les règles internationales. Ainsi, les Règles de Beijing, à leur article 7 ch. 1 citent comme un des droits fondamentaux du mineur, celui de pouvoir être assisté d'un conseil : il s'agit là d'une garantie essentielle de la procédure.

La CDE, dans son article 40 ch. 2 litt. b ii a repris ce même principe et énonce que l'enfant a au moins droit " [...] à bénéficier d'une assistance juridique ou de toute autre assistance appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense".

La Loi Modèle a précisé ces droits et a prévu la possibilité de la défense facultative (art. 3.2-12) avec la présence d'un avocat à tous les stades de la procédure, avocat désigné soit par le mineur, ses représentants ou le service responsable de l'enfant; celle de la défense obligatoire, en cas de détention préventive (art. 3.2-2), dès le placement en garde à vue; celle de la défense d'office (art. 3.2-12), lorsque les mineurs, parents ou services responsables n'ont pas désigné un défenseur et dans les causes qui ont une certaine importance.

## 120. La LFCPM

Le projet de LFCPM prévoit un article 39 consacré à la défense. Dans cet article, le législateur a prévu la possibilité de la défense facultative, à tous les stades de la procédure; cela découle du droit fondamental du justiciable exposé plus haut (art. 39 al. 1 LFCPM). Ce défenseur privé peut être choisi par le mineur ou ses parents; le projet ne fixe pas une limite d'âge ou un autre critère pour les enfants à désigner un défenseur; nous pouvons cependant, selon les principes de la CDE, penser qu'il s'agit de l'enfant capable de discernement.

La défense obligatoire est prévue pour les situations où les mineurs sont détenus avant jugement ou sont placés à titre provisoire, sans limite de temps, à savoir dès leur arrestation ou dès leur placement provisoire. Le défenseur obligatoire peut être choisi ou commis d'office (art. 92 al. 2 in fine LFCPM).

Lorsque le mineur ou ses parents ne sont pas en mesure d'assurer eux-mêmes la défense, il y a aussi une défense d'office. Est-ce une défense obligatoire? Nous pouvons le comprendre ainsi, à lire la disposition qui n'exige aucune requête de l'intéressé et qui laisse à penser que, lorsque l'autorité constate que mineur et représentants sont dépassés par les exigences de la défense et ne peuvent garantir qu'elle sera appropriée, elle doit commettre un défenseur d'office (123).

L'alinéa 3 prévoit que les frais de la défense d'office seront mis en tout ou en partie à la charge du mineur ou des parents, lorsqu'ils sont en état de les payer.

## 121. Conclusion

Pour conclure ce chapitre, il paraît donc évident que le mineur et ses parents disposent d'un droit d'être assisté d'un défenseur, (doit-il être avocat ou personne de confiance?) et qu'ils doivent pouvoir choisir le défenseur qu'ils souhaitent. Il semble aussi que se dégage la nécessité de munir le mineur d'un défenseur obligatoire dans les

situations où il a été détenu (après une certaine durée ou dès le départ ?), où sa cause est particulièrement grave et compliquée et où il est évident qu'il ne peut se défendre seul. Il y a aussi un droit à disposer d'une défense gratuite en cas de défense obligatoire, lorsque les intéressés sont indigents ou dans d'autres cas, lorsqu'il y a un intérêt évident à assurer une meilleure défense du mineur.

Mais il faut aussi être conscient que la multiplication des intervenants judiciaires ralentit le procès pénal, augmente la stigmatisation et interrompt le lien direct entre le juge et le mineur. Il faut donc trouver un équilibre entre droit d'être défendu et intervention systématique des défenseurs, entre garanties juridiques et principe de réalité.

#### CHAPITRE X : La Détention avant jugement

##### 122. Le principe

La question de la détention avant jugement touche aux mesures de contrainte et à la plus grave de celle-ci : la privation de liberté considérée à ce stade de la procédure non comme une sanction, mais comme un moyen de découvrir la vérité. Il est clair que pour justifier une telle atteinte aux droits de la personne, il faut des raisons importantes et objectives et qu'il n'est pas possible ici de laisser une latitude à l'autorité d'instruction. L'article 5 ch. 1 litt. c CEDH énonce de manière claire la possibilité d'une détention avant jugement, mais la soumet à des conditions strictes :

- tout d'abord, il faut un soupçon important que la personne a commis une infraction;
- ensuite, il faut des raisons sérieuses de penser que la personne soupçonnée pourrait soit s'enfuir, soit réitérer son infraction;

- puis, il y a le droit d'être informé du motif de la détention, le droit d'être traduit devant une autorité judiciaire et le droit de recourir contre la décision d'arrestation ou de mise en détention;
- enfin le droit, lorsque le prévenu a été détenu à tort, à une réparation.

La procédure pénale des cantons s'est fortement inspirée des minima posés par la CEDH et impose également des critères sévères et objectifs pour la détention avant jugement. D'une manière générale, nous pouvons dire que les conditions pour une détention préventive sont (124) :

- la condition de base est la présomption grave de culpabilité à l'égard de la personne visée par la décision; il faut des éléments concrets et pas seulement une possibilité ouverte, une rumeur ou une impression;
- ensuite, cumulativement, il faut qu'il existe l'un ou l'autre motif suivant :
  - le danger de fuite, qui est réalisé lorsque le prévenu présente concrètement la possibilité de se soustraire à la procédure pénale ou à l'exécution;
  - le danger de collusion, qui est réalisé lorsque le prévenu pourrait de manière concrète miner les opérations d'instruction notamment par des interventions inopinées auprès des complices, témoins ou détruire des preuves;
  - le danger de poursuivre l'activité délictueuse (danger de réitération), c'est-à-dire le danger que le prévenu laissé en liberté commette de nouveaux délits du même genre ou d'un autre ordre.

Il semble bien que la jurisprudence du TF ne permette pas d'autres motifs de détention avant jugement et que celle-ci ne puisse pas être justifiée



par la gravité d'un crime, même très importante. Dans les cas où un prévenu est maintenu en régime de privation de liberté au-delà de l'existence des motifs énoncés plus haut, il s'agit alors de l'exécution à titre provisoire d'une peine à venir (125) et non plus de la poursuite de la détention préventive.

S'agissant des mineurs, les mêmes considérations s'imposent : la détention avant jugement est la mesure de contrainte la plus incisive sur le plan de la restriction des droits de la personne et elle ne peut être ordonnée que pour les motifs mentionnés ci-dessus. Plus même, l'enfant ou l'adolescent étant un être en plein développement et n'ayant pas le même degré de responsabilité que l'adulte, la détention avant jugement doit faire l'attention de tous les égards, car elle peut avoir des conséquences défavorables pour l'épanouissement de sa personnalité.

### 123. Les dispositions cantonales

Les cantons ont légiféré de manière assez unanime dans ce domaine, en ce sens que la détention préventive est aussi possible pour les mineurs, mais que le recours à cette mesure de contrainte doit être utilisé avec beaucoup de parcimonie, voire comme ultima ratio.

Le canton de Zurich a prévu les motifs de la détention calqués sur les motifs énoncés ci-dessus et impose une condition supplémentaire : que la détention des mineurs s'effectue dans des locaux séparés des majeurs (art. 58 et 380 StPO). Comme indiqué plus haut, en cas de détention préventive, le mineur a droit à une défense obligatoire, sans délai.

Le canton de Vaud renvoie sa réglementation à celle des adultes, qui fixe les motifs d'arrestation et qui sont les mêmes que ceux que nous avons déjà évoqués. Ce qui diffère du droit des adultes est le lieu de la détention (Valmont, centre d'accueil et d'observation pour les mineurs à la place des établissements pénitentiaires ordinaires) et la question du dépôt et du cautionnement jugés inappropriés pour les mineurs (art. 29 LJPM et art. 59 à 65 CPP).

Le canton du Valais impose la recherche de solutions alternatives à la détention préventive et la séparation des détenus mineurs et majeurs; ce canton impose aussi une défense obligatoire dès que la détention préventive du prévenu dure plus de cinq jours et que le crime ou le délit dont le mineur est inculpé est grave (art. 49 et 153 CPP).

Le canton d'Uri exige également que la détention préventive pour les mineurs soit ordonnée à titre exceptionnel et que d'autres possibilités soient recherchées pour les mineurs (placement temporaire dans une famille ou une institution); ainsi le prévoit l'article 272 StPO.

A Soleure, la détention avant jugement pour les mineurs n'est possible que si le but de celle-ci ne peut être atteint autrement. Mineurs et majeurs doivent être séparés et le Jugendanwalt compétent pour ordonner une telle décision doit soumettre le cas à la Jugendgerichtskammer, si la détention dépasse trois semaines (art. 147 ch. 1 et 2 StPO). A noter que le canton de Soleure règle dans le même article le placement à titre provisoire d'un mineur dans une famille, une clinique ou une institution (art. 147 ch. 3 StPO).

Dans le canton de Schwyz, un seul article indique que la détention ne doit être décidée que de manière exceptionnelle pour les mineurs (art. 118 StPO).

Le canton de Genève règle aux articles 24 et 25 LJEA la question de l'arrestation et des mesures provisoires. L'arrestation est soumise aux motifs de soupçon de culpabilité et aux besoins de l'enquête ou au risque de fuite et le mineur est alors placé dans un centre fermé. Le juge a l'obligation de soumettre le cas au tribunal de la Jeunesse dans le délai de huit jours.

Le canton de St-Gall prévoit la compétence du Jugendanwalt d'ordonner la détention avant jugement jusqu'à quatorze jours; pour la prolonger, il faut l'accord du Jugendstaatsanwalt; cette privation de liberté doit s'exécuter dans l'institution ad hoc de Platanenhof; la loi n'a pas prévu de défense obligatoire en cas de détention préventive (art. 306 et 307 StPO).

Bâle-Campagne a prévu à son article 31 JStRP, la possibilité d'ordonner la détention préventive pour les mineurs, mais seulement pour les motifs généraux déjà énoncés et lorsque aucune alternative ne peut être trouvée (caution, dépôt, placement familial, etc.); en cas de contravention, la détention avant jugement est exclue, sauf exception; la détention des mineurs et des majeurs doit être séparée.

En Argovie, le recours à la détention préventive doit être une mesure exceptionnelle lorsqu'un placement en famille d'accueil ou en institution n'est pas possible; la détention des mineurs et des majeurs doit être séparée (art. 21 ch. 1 et 2 DJStRP).

Berne a prévu la même séparation des mineurs et des majeurs et la mise à disposition de locaux spéciaux pour les mineurs. En cas de détention avant jugement, le mineur devra être interrogé dans les vingt-quatre heures qui suivent son interpellation et ne pourra être détenu plus de huit jours, sans l'accord du Procureur des mineurs (art. 43 LRMD).

A Bâle-Ville, les motifs de la détention préventive sont ceux mentionnés plus haut; cependant, ce canton a introduit la possibilité de retenir un prévenu mineur dans un lieu approprié (institution) lorsque cela paraît nécessaire pour la détermination du besoin de soins ou lorsque son développement paraît menacé au lieu de résidence habituelle (art. 22 litt. b et c GStRP).

#### 124. Elargir les motifs de détention avant jugement?

Cette dernière disposition de la procédure cantonale de Bâle-Ville introduit deux nouveaux motifs de détention avant jugement : celui de disposer du temps nécessaire pour déterminer les besoins éducatifs du mineur et celui d'éloigner temporairement un mineur de son domicile, en raison du danger perçu pour son développement. Cette extension des motifs à des critères relativement subjectifs est basée à notre point de vue sur l'article 5 ch. 3 litt. d CEDH qui permet la détention régulière du mineur décidée pour son éducation surveillée. On sort donc de la

détention avant jugement stricto sensu, pour une détention aux fins éducatives. Le TF a eu l'occasion de se déterminer sur cette question (ATF 121 I 208 = JdT 97 IV 88) et a jugé que le fait de priver temporairement un mineur de sa liberté en vue de sa prise en charge répondait aux critères évoqués par l'article 6 ch. 3 litt. d CEDH.

Bien que ce motif ne soit pas discutable, il convient d'être très prudent et de conserver à ce type de détention avant jugement un caractère exceptionnel et de le lier à une certaine urgence et à l'impossibilité d'agir autrement. En effet, pour procéder à des investigations à l'effet de déterminer les besoins éducatifs du prévenu, il nous semble que la mise en observation du droit positif (art. 83 et 90 CP) est suffisante et couvre bien cette exigence d'éloignement temporaire. Par rapport au fait d'éloigner l'enfant de son milieu qui hypothèque son épanouissement, le juge peut procéder par le biais de mesures éducatives provisoires et non par celui de la détention préventive avant jugement, serait-elle exécutée dans une institution spécialisée. La démarche n'est pas la même, ni l'esprit entre une mesure éducative provisoire et une mesure d'enquête.

#### 125. Les mesures de remplacement

De nombreuses législations cantonales demandent que le juge n'utilise la détention préventive que si des alternatives de remplacement ne peuvent être mises en oeuvre; elles font surtout allusion alors au placement temporaire dans une famille ou une institution. Il faut ici se rendre compte que cette exigence relève de l'utopie. Dans la plupart des situations où les motifs de détention avant jugement sont réalisés, il est très difficile de mettre sur pied une telle prise en charge : arrestation du week-end ou de la nuit par exemple. De plus, ces séjours en détention sont en général très courts (entre 1 et 5 jours pour la majorité), ce qui empêche l'organisation d'alternatives. D'autre part, les institutions rechignent à intervenir dans ce type de situation et ne sont pas équipées pour recevoir cette catégorie bien particulière de mineurs : les détenus préventifs; quant aux familles d'accueil, il n'y en a quasiment pas. Sans parler des questions de sécurité, du risque de fuite et de réitération des délits; nous n'envisageons pas même la question de la disparition des preuves et de la collusion....

A notre avis, il faut renoncer à ces exigences bienveillantes, mais non praticables et encourager les cantons à offrir des possibilités de privation de liberté adaptées aux besoins des mineurs, filles et garçons. Un certain nombre de cantons se sont dotés des instruments nécessaires; d'autres doivent le faire encore.

Que penser de la mesure de remplacement sous forme de caution? A première vue et en fonction du genre de prévenus (des mineurs sans revenus pour l'immense majorité), ce type de possibilité devrait être exclu pour les mineurs. Cependant, nous pouvons imaginer des situations, rares certes, où le paiement d'un dépôt et d'une caution est possible, notamment en cas d'infractions commises en Suisse par des touristes de passage ou par des Suisses domiciliés à l'étranger. Il faut donc penser ici à une exception possible.

#### 126. La séparation des adultes

La plupart des ouvrages de criminologie parlent de l'influence néfaste de la prison, comme école du crime et du rôle de leader négatif que jouent les détenus adultes vis-à-vis des détenus mineurs; ceci n'est pas contestable et les cantons ont formulés, presque tous, l'obligation de séparer les détenus préventifs. C'est aussi une exigence des standards internationaux (voir ci-dessus ch. 116).

La grande question est celle de l'équipement des cantons. Comme cela a déjà été dit, certains cantons ont prévu des institutions propres aux mineurs pour la détention préventive, soit avec des centres de détention et d'observation, soit avec des maisons d'éducation au travail, soit avec des "Durchgangheime"; d'autres cantons ont aménagé des quartiers particuliers dans les maisons d'arrêts pour adultes, solution qui n'empêche en général pas tout contact (notamment visuel ou auditif) entre les deux types de population. D'autres enfin n'ont pas de disposition spéciales. La situation pour les filles est particulièrement précaire, puisqu'il y a très peu de possibilités pour elles.

Des solutions dans le sens d'une entente intercantonale doivent être recherchées dans ce domaine.

Cette situation a conduit la Suisse à devoir émettre une réserve à ce sujet, lors de sa ratification de la CDE en 1997 (réserve à l'article 37 litt. c CDE). Il serait favorable que l'unification de la procédure permette de sensibiliser les cantons à cette question et laisse entrevoir une possibilité pour notre pays de retirer cette réserve.

#### 127. Sur le plan des standards internationaux

Comme mentionnée ci-dessus, la délicate question de la détention avant jugement a beaucoup été traitée par les grands textes internationaux.

L'article 37 CDE consacre les lettres b, c et d à la privation de liberté en général, avant jugement en particulier. Cette disposition énonce les règles suivantes :

- la nécessité de soumettre la privation de liberté à des motifs légaux et à la condition qu'elle soit la mesure du dernier ressort et de la durée la plus courte possible;
- l'obligatoire séparation des détenus adultes;
- l'accès rapide à une assistance juridique ou appropriée, le droit de contester la légalité de la décision devant une instance judiciaire et le droit à une décision rapide.

Pour les Règles de Beijing, l'article 13 intitulé détention préventive prévoit :

- la détention préventive est la mesure du dernier ressort et est aussi courte que possible (13.1);
- elle doit, si cela est possible, être remplacée par des mesures alternatives (13.2);
- les jeunes prévenus doivent bénéficier de tous les droits garantis par les règles minima des N.U. (13.3);

- les jeunes prévenus doivent être séparés des adultes (13.4);
- les soins éducatifs, médicaux, sociaux, psychologiques, etc. sont assurés aux prévenus mineurs (13.5).

Les Règles de la Havane développent aussi deux longs articles (17 et 18) qui fixent, mutatis mutandis, les mêmes règles que celles énoncées ci-dessus, ajoutant cependant pour les mineurs qui séjournent durablement, la possibilité de travailler ou de recevoir une formation et de recevoir et conserver le matériel de formation et de loisirs.

La Loi Modèle à l'article 3.2-17 règle la question de la détention préventive du mineur reprenant les motifs généraux (risque de fuite, de collusion ou de répétition) et la nécessité que l'infraction donnant lieu à une telle décision soit passible de deux ans d'emprisonnement au moins. La séparation des adultes est un impératif important et la durée de la détention avant jugement doit être proportionnée au crime ou délit commis et à la menace encourue, mais pas plus, en matière criminelle, de six mois, renouvelable une fois et en matière délictuelle, de trois mois, renouvelable une fois.

Il est encore précisé que le mineur détenu peut se plaindre de la décision à tout moment durant sa détention avant jugement.

#### 128. La LFCPM

L'article 6 du projet de LFCPM est consacré à la détention avant jugement et reprend bien des points qui ont été traités ci-avant. Il reprend notamment cette idée du dernier recours et le fait qu'elle doit être ordonnée que si le but visé ne peut pas être atteint par une mesure ordonnée à titre provisoire.

La séparation mineurs/majeurs n'est pas qu'une soumission aux exigences internationales (art. 6 ch. 2). Le projet prévoit de surcroît une prise en charge appropriée afin de prévenir en particulier l'isolement des mineurs (126). Ce même alinéa fait l'obligation aux

cantons d'exécuter la détention préventive des moins de quinze ans et celle des plus de quinze ans qui dure plus de 14 jours dans un établissement spécialisé. Ceci est un voeu qui rejoint celui que nous avons exprimé plus haut; avec la redite nécessaire de ne pas oublier les jeunes-filles. L'alinéa 3 de l'article 6 impose de traiter les causes où est intervenue une détention avant jugement avec diligence. Nous ne pouvons qu'approuver cette injonction.

L'article de la LFCPM va donc dans le sens des exigences dont nous avons parlé ci-dessus.

#### 129. Conclusion

Il semble nécessaire dans un projet de procédure pénale unifiée de rappeler d'abord que la détention avant jugement doit être maniée avec prudence et parcimonie pour les mineurs; de plus, il faut que :

- elle obéisse à des conditions strictes, énumérées par la loi et qui sont celles que nous avons décrites plus haut;
- elle s'exécute dans des locaux ad hoc, séparés des adultes et pouvant offrir une prise en charge éducative minimale;
- elle ne vise pas d'autres buts que de faciliter la recherche de la vérité et ne se déguise en d'autres formes (observation, placement provisoire); la détention avant jugement aux fins d'éducation surveillée doit constituer l'exception;
- sa durée doit être la plus courte possible et la décision qui la consacre doit pouvoir être attaquée. De plus, la libération doit pouvoir être demandée en tout temps;
- enfin, dès qu'elle dépasse une certaine durée, elle soit absolument exécutée dans des locaux appropriés et offrant une activité possible pour le mineur.



## CHAPITRE XI : La Procédure par défaut

### 130. Le principe

L'intervention pénale visant avant tout la recherche de la vérité, la confrontation de l'auteur avec la loi par l'action publique et avec le lésé par l'action privée, est par essence orale. Le droit d'être entendu en est la clé de voûte. Elle nécessite donc la présence du prévenu et sa comparution personnelle aux débats (sauf pour les procédures écrites). Il y a cependant des cas où le prévenu peut être jugé par défaut (127). Il faut distinguer l'absence du défaut : l'absence est le fait de ne pas comparaître, lorsque'on a été autorisé à le faire (dispense) (128); nous avons vu plus haut que l'absence pouvait intervenir à l'égard des mineurs, voire des parents. Le défaut est le fait de ne pas comparaître alors qu'on devrait le faire : le prévenu a été régulièrement cité, mais il ne se présente pas. Les lois de procédure cantonales ont alors fixé la manière dont devait se dérouler le procès du défaillant.

Pour le droit pénal des mineurs, la question n'est pas sans importance, puisque toute la procédure est basée non seulement sur l'oralité des débats, mais aussi sur la connaissance intime que doit avoir le juge du prévenu mineur, voire sur les liens de confiance qu'il a pu tisser avec lui et les siens. Par rapport à un prévenu défaillant, manquent alors ces éléments si importants et le juge se trouve devant une difficulté particulière : il a une ou des infractions à juger, mais il ne dispose pas des éléments nécessaires à l'appréciation de la situation personnelle de l'auteur, dont nous connaissons l'importance pour déterminer le besoin de soins. Le juge est donc devant un choix cornélien : renoncer à juger et attendre (mais jusqu'à quand?) ou prononcer une peine (donc oublier son rôle socio-éducatif).

### 131. Les dispositions cantonales

Devant cette double issue indésirable, les cantons ont arrêté des politiques différentes : la majorité des cantons ne disent rien de leur attitude face au défaut. Partent-ils du principe que leur silence

équivalait à l'application des règles ordinaires pour les adultes, donc à une admission de la procédure à l'égard des défailnants? ou au contraire, du principe inverse que la présence du prévenu aux débats - sauf cas de dispense - étant absolument nécessaire, le défaut s'exclut par lui-même? la question reste ouverte.

D'autres cantons ont tranché : les uns, peu nombreux, ont simplement écarté la possibilité du jugement par défaut; d'autres ont admis de procéder par défaut, mais ont fixé des conditions qui varient d'une loi cantonale à l'autre.

Pour les cantons qui ont pensé que le défaut était une procédure contre l'esprit du droit pénal des mineurs, nous trouvons : le Tessin qui dans sa nouvelle législation exclut le jugement par défaut (art. 16 LJPM). Le Valais en a fait de même à l'article 158 CPP.

Dans les cantons qui ont aménagé une procédure par défaut pour les mineurs, citons le canton de Bâle-Ville qui permet au Jugendstrafgericht de juger un prévenu, pour autant qu'il ait pu être interrogé dans la phase de l'instruction; la procédure est alors la même que celle appliquée aux adultes (art. 35 ch. 3 GJStRP). Le voisin Bâle-Campagne a prévu la possibilité du défaut à son article 21 ch. 1 GJStRP. Berne permet aussi le défaut aux mêmes conditions procédurales que les adultes, pour autant que le prévenu ait été interrogé dans la phase de l'instruction et que seule une sanction entre en considération (art. 53 ch. 3 et 4 LRMD). Genève a prévu que le jugement pouvait être rendu par défaut, si l'intéressé s'était soustrait à deux comparutions en justice au moins (art. 32 LJE). Dans le Jura, le défaut est aussi possible, pour autant que le prévenu ait été entendu par le Président du Tribunal des mineurs et que les opérations préliminaires aux débats aient été accomplies (art. 50 LTM). Le canton de Vaud a également aménagé la possibilité de la procédure par défaut (art 49. LJPM).

Les standards internationaux sont muets sur le sujet et le projet de LFCPM n'en souffle mot...

### 132. Conclusion

En conclusion, il faut souligner la multiplication des cas d'infractions commises en Suisse par des jeunes de passage qui n'ont soit pas de résidence à long terme en Suisse, soit qui résident à l'étranger. Cette très sensible augmentation rend la question de la procédure par défaut d'actualité, peut-être plus qu'elle ne l'a été il y a quelques années.

De notre point de vue, il convient, dans une procédure pénale unifiée, de prévoir la possibilité de la procédure par défaut pour autant que le mineur ait pu participer à des actes d'instruction, respectivement ait pu être interrogé sur les faits qui lui sont reprochés.

## CHAPITRE XII : Les Recours

### 133. Le principe

Les instances des mineurs, mais surtout le juge unique, qu'il se nomme Jugendanwalt ou Juge des mineurs, travaillent selon le principe de la justice négociée. Cela veut dire que les décisions judiciaires ne sont pas prises de manière surprenante, mais sont, en général, préparées. Cela est la règle pour ce qui regarde les mesures éducatives; l'adhésion minimale à celles-ci constituant un pré-requis, nous voyons mal comment elles pourraient être imposées ex nihilo. Cela est moins constant dans le cadre des sanctions, néanmoins les possibilités sont souvent évoquées avec le destinataire de la sanction et les siens, au point qu'il sait ce qui va se produire et qu'il y est préparé. Cet aspect de justice négociée est la raison principale qui explique le peu de recours formulés contre les décisions de la justice juvénile.

Un autre motif réside dans la faible menace que représente la réponse apportée par le droit pénal des mineurs. La très grande partie de toutes les condamnations prononcées en Suisse aboutissent à des sanctions non privatives de liberté (réprimande, astreinte à un travail, amende) et

les peines de détention sont dans le 90 % des cas assorties du sursis. De plus, le maximum de la peine de détention est fixé par le droit en vigueur à 1 an. Dès lors, les intéressés ont peu de motifs de se plaindre de la sanction. Pour ce qui regarde les mesures, il est certain que les placements ont une incidence importante sur la faculté d'aller et de venir des mineurs, mais comme elles ont été discutées, préparées, mises en application avant jugement par mesure provisoire, elles ne sont que très rarement attaquées.

Les liens que le juge a tissés avec le mineur et ses représentants est aussi de nature à créer un climat de confiance entre justiciant et justiciable; c'est une troisième explication du nombre peu élevé de recours en cette matière. De fait, les tribunaux des mineurs de notre pays entretiennent de bons rapports avec leurs justiciables et peuvent ainsi se targuer d'un taux d'acceptation de leurs décisions proche du maximum. Cela débouche sur une réelle efficacité de leur action, puisque les jugements peuvent être exécutés dans des délais rapides.

Ces considérations sont importantes car elles fixent un cadre dans lequel les recours en cette matière doivent être abordés. Il convient, en effet de permettre aux mineurs et à leurs représentants, de marquer leur opposition à une décision judiciaire; cela est un droit fondamental du prévenu (129). De plus, nul n'est parfait et le juge unique ou la chambre collégiale peuvent se tromper, mal appliquer la loi, rendre une décision inique, siéger dans une composition irrégulière etc. Il faut donc que les personnes touchées par une décision qu'elles estiment injuste ou fautive puissent se défendre.

Si donc il faut aménager des voies de recours ce que personne ne conteste plus, il est nécessaire de permettre à l'instruction de se dérouler de manière rapide, au juge de nouer les relations personnelles avec les personnes en cause, aux débats de conserver leur caractère peu formel et aux décisions d'entrer en vigueur dès que possible, notamment de produire des effets dans un rapport de temps compréhensible pour le mineur. Donc, il est nécessaire d'avoir des voies de recours qui ne bloquent pas toute la procédure et qui ne posent pas des chicanes gratuites.

#### 134. Terminologie

Pour que les recours dont nous allons parler, répondent à des définitions à peu près exactes, il nous paraît utile de préciser les éléments suivants (130) :

- le recours (Rekurs) est le terme générique qui indique que l'on peut attaquer une décision; il est souvent utilisé d'une manière très générale, de sorte que l'on ne peut savoir le genre du recours, sans une étude approfondie de sa nature, de ses effets et de l'autorité vers laquelle il est dirigé;
- la plainte (Beschwerde) est le recours déposé contre une décision d'instruction par le magistrat-instructeur, voire contre un non-lieu ou un renvoi prononcé par le même;
- l'opposition (Einsprache ou Anfechtung) est la demande formulée à l'autorité qui a rendu une décision écrite de l'annuler ou de la modifier; elle intervient surtout dans la procédure de l'ordonnance pénale;
- l'appel (Berufung ou Appellation) est la voie de recours ordinaire et de réformation contre les décisions rendues par les tribunaux de première instance (juge unique, chambre collégiale) en matière de crimes ou de délits (éventuellement de contraventions);
- le pourvoi en nullité ou cassation (Nichtigkeitsbeschwerbe) est une voie de recours de nature cassatoire, mais en général subsidiaire, contre les décisions rendues en premier ressort, qui ne sont pas susceptibles d'appel;
- la demande de relief ou relevé du défaut (Wiedereinsetzung in dem früheren Stand) est une voie de recours contre les jugements rendus par défaut, avec un effet rétractatoire;

- la révision (Revision) est une voie de recours extraordinaire contre les décisions pénales entrées en force, lorsqu'il y a erreur de fait en faveur ou au détriment du prévenu.

### 135. Les dispositions cantonales

Le moins que nous puissions dire, c'est qu'il est difficile de tirer des lignes générales des dispositions prises par les cantons en cette matière, chaque canton semblant s'ingénier à trouver une solution différente de son voisin. De plus, il faudrait effectuer une véritable analyse de chaque système pour en comprendre la portée réelle et pour définir à quel type de recours chaque loi se réfère. Nous serions alors peut-être surpris de constater que les voies choisies, sans se ressembler dans la forme, s'apparentent sur le fond (131). Pour mieux comprendre, à défaut de voir totalement clair dans cette pléthore de règles, donnons quelques exemples :

Bâle-Campagne a prévu la possibilité de recourir contre les décisions de l'Autorité tutélaire (compétente pour les enfants) par la voie de l'appel et contre celles du Jugendgericht (compétent pour les adolescents) par la voie du pourvoi en cassation (art. 55 ss GJStRP). Contre les décisions du Jugendanwalt siégeant comme juge unique, il y a la voie de l'opposition (art. 38) et la plainte est réservée aux recourants qui se défendent contre la composition du Jugendgericht, la décision de renvoi devant le tribunal ou sur le sort des frais qui figure dans la décision de renvoi (art. 40 litt. a, b et c).

Bâle-Ville a développé un système de recours très complet dans la loi (GJStRP), fixant d'abord la qualité pour recourir accordée au mineur dès 14 ans et à ses représentants (art. 46), puis les recours contre les décisions du Jugendanwalt (décision d'instruction ou d'exécution) sous la forme de la plainte au Président de la Chambre collégiale (art. 47), contre les décisions du Jugendanwalt statuant comme juge unique par la voie de la plainte à la Chambre collégiale (art. 48), contre les ordonnances pénales, par la voie de l'opposition (art. 49), contre les décisions de non-lieu par la voie de la plainte à la Chambre des recours

du tribunal pénal (art. 50), contre les décisions du Président de la chambre collégiale par la voie de la plainte à la Chambre d'appel (art. 51) et finalement contre les décisions de la chambre collégiale par la voie de l'appel à la Chambre d'appel (art. 52).

A Berne, la LRMD prévoit les voies de recours ordinaires de l'appel en procédure devant l'autorité de jugement (l'appel étant limité à l'examen de la mesure ou de la sanction, art. 71 ch. 2). L'appel est déposé devant la Chambre pénale compétente qui se prononce sur la mesure ou la sanction. Le pourvoi en nullité est ouvert contre la composition du tribunal, sa compétence, l'irrégularité de la citation aux débats, la violation de règles de procédure ou l'application erronée du droit (art. 75); il est déposé devant la Chambre pénale compétente qui peut soit vider la cause elle-même, soit la renvoyer à l'instance précédente (art. 77). Une révision possible est prévue à l'article 78 et une demande en grâce à l'article 79.

A Fribourg, il est prévu un recours, sous forme de plainte, pour les actes du juge d'instruction à la Chambre pénale du Tribunal cantonal (art. 27 ch. 3 LJPM et 202 CPP). Il est également aménagé une voie d'appel à la Cour d'appel du Tribunal cantonal contre les jugements (art. 27 ch. 3 LJPM et 211 CPP). Pour les décisions d'exécution, il est prévu un recours de droit administratif au Tribunal administratif cantonal (art. 80 a ch. 2 LJPM).

A Genève, les décisions de mesures provisoires de la compétence du Tribunal de la jeunesse et les modifications de mesures peuvent faire l'objet d'un recours, sans effet suspensif, devant la Cour de justice, siégeant en chambre du conseil (art. 28 LJEA). S'agissant des jugements, ils ne sont pas susceptibles d'appel, mais uniquement de pourvoi en cassation ou de révision devant la Cour de justice; l'effet suspensif n'est pas la règle, mais l'exception (art. 39).

A Schwyz, l'article 126 StPO prévoit la possibilité de la plainte au Département de l'instruction publique contre les actes d'instruction (art. 126) et la possibilité de l'opposition contre les actes du Jugendanwalt soit auprès de ce même magistrat ou s'il maintient sa décision auprès du kantonalem Jugendgericht (art. 133).

A Uri, le StPO prévoit la possibilité de la plainte contre le prononcé de mesures provisoires (art. 273 ch. 3); puis la possibilité de l'opposition aux décisions du Jugendanwalt agissant comme juge unique (art. 275); ensuite la même possibilité de l'opposition contre les décisions du Jugendgericht, opposition à formuler à la Chambre des mineurs du Tribunal cantonal (art. 281); enfin la possibilité de la révision à l'article 281.

Le canton de Vaud a prévu la possibilité de la plainte contre les actes d'instruction du juge des mineurs; cette plainte est dirigée à la cour collégiale (art. 39 LJPM). On a aussi consacré un chapitre de cette loi aux recours après jugement. Le recours en nullité ou en réforme est ouvert contre les jugements du juge unique ou de la chambre collégiale (art. 53). Le recours en nullité est ouvert lorsqu'il y a eu des irrégularités de procédure postérieures à la clôture de l'enquête ou à la décision de renvoi (art. 54). Le recours en réforme est ouvert contre les violations des règles de fond auprès de la Cour de cassation (art. 56 et 59). Le relevé du défaut se fait auprès du Ministère public (art. 61). La demande de révision peut être présentée selon les règles applicables aux adultes (art. 65). La décision d'exécution du juge des mineurs peut être attaquée devant la chambre collégiale (art. 71).

Comme nous le voyons, autant de cantons, autant de solutions !

### 136. Les standards internationaux et la LFCPM

En matière de recours, les standards internationaux ne sont pas très diserts : il n'est question que du principe d'avoir accès à un contrôle d'une deuxième juridiction, mais pas des formes de ce contrôle. La CDE, à l'article 40 ch. 2 litt. b v postule que le mineur reconnu coupable doit pouvoir faire appel de cette décision devant une instance supérieure. Les Règles de Beijing, à l'article 7.1 in fine énoncent que le droit à un double degré de juridiction à tous les stades de la procédure constitue une garantie fondamentale de la procédure.

La Loi Modèle qui nous a habitués à plus de précision est ici plus discrète aussi. Elle se contente de l'article 3.2-28 :



"Toute décision rendue en première instance doit pouvoir être soumise à une juridiction supérieure";

et de l'article 3.2-29 :

"Les règles procédurales applicables à la deuxième instance sont celles des dispositions législatives nationales".

Le projet de la LFCPM a prévu un article 40 intitulé voie de recours. Celui-ci s'en tient aussi aux deux principes suivants :

- les cantons doivent prévoir une voie de recours auprès d'une instance judiciaire contre jugements et décisions;
- le recours peut être formé par le mineur et ses représentants légaux.

Le message explique la nécessité de pouvoir soumettre jugements et décisions, notamment celles prises par une autorité administrative telle qu'elle existe dans certains cantons, à une instance judiciaire, par souci de conformité avec l'art 5 ch. 4 et 6 ch. 1 CEDH (132).

#### 137. Conclusion

Il faut trouver ici un système simple, applicable par tous les cantons et qui puisse répondre au double souci de pouvoir disposer d'un double degré de juridiction à tous les stades de la procédure, sans néanmoins paralyser tout le système. La proposition est la suivante :

1. La légitimation pour intenter un recours doit être donnée au mineur lui-même lorsqu'il est capable de discernement et à ses représentants légaux.
2. Dans la phase de l'instruction, nous préconisons la plainte (Beschwerbe), pour se défendre contre les actes d'instruction suivants :

- décision de mise en détention préventive;
- maintien, durée et exécution de celle-ci;
- refus du droit d'être entendu;
- refus de l'accès au dossier;

ou contre les décisions provisoires suivantes :

- placement en observation;
- placement provisoire en famille d'accueil;
- placement provisoire en institution.

La plainte doit être déposée devant la Chambre ad hoc du Tribunal cantonal. L'effet suspensif ne doit être accordé que pour les cas de détention préventive et de mesures provisoires impliquant un déplacement du milieu familial.

3. Dans la phase de l'instruction, nous prévoyons :

- l'opposition (Einsprache), contre les décisions rendues par le juge unique ou la chambre collégiale, sous forme d'ordonnance pénale (notamment pour les contraventions diverses et les cas légers en matière de circulation routière). L'opposition est adressée à l'instance qui a tranché, pour prendre une deuxième décision, qui revêt alors la forme d'un jugement;
- l'appel (Berufung), contre tous les jugements rendus par la première instance (juge unique ou chambre collégiale). L'appel est intenté devant la chambre collégiale pour les décisions du juge unique et devant la chambre ad hoc du Tribunal cantonal pour les décisions du tribunal collégial. La deuxième instance a plein pouvoir de cognition et peut ou réformer le jugement ou le renvoyer à la première instance.

Pour les recours contre les décisions de l'instance d'appel, il est fait référence aux droits des adultes.

4. Dans la phase de l'exécution, sera ouverte la plainte (Beschwerde) pour attaquer les décisions de l'autorité d'exécution. Cette plainte sera dirigée vers la chambre collégiale de l'instance des mineurs et elle n'aura pas d'effet suspensif, sauf dans les cas suivants :

- transfert d'une famille à une institution ou l'inverse;
- transfert dans un autre type d'institution;
- libération conditionnelle;
- la question de l'exécution des sanctions selon la nouvelle LFCPM doit rester ouverte, jusqu'à connaissance des décisions prises par les Chambres.

#### CHAPITRE XIII : Les Frais

##### 138. La question

Qui assume les frais de la procédure, lorsqu'elle est dirigée contre un mineur? Cette question doit être traitée de manière différente que pour les adultes, puisque nous nous trouvons en présence de personnes qui, pour la plupart, ne disposent pas de revenus propres (enfants, étudiants) ou alors de moyens fortement limités (apprentis). Les moyens auxquels ils peuvent avoir accès, sont ceux de tiers, leurs parents ou représentants légaux. Très souvent, en plus, les instances des mineurs se trouvent en présence de familles démunies, voire déjà assistées et qui n'ont pas la possibilité de prendre en charge ni les frais d'un défenseur ni ceux de la procédure.

Les cantons n'ont pas tous réglé la question des frais de procédure; mais ils ont presque tous fait la distinction entre frais de procédure et frais d'exécution des mesures et des sanctions.

Les solutions suivantes ont été arrêtées :

Le canton de Bâle-Campagne a choisi le principe de la gratuité de l'émolument judiciaire pour les mineurs, sauf si la procédure a été

entravée de manière importante par les parents ou en cas de recours abusif (art. 73 GJStRP). S'agissant des frais de procédure, ils sont mis à la charge des mineurs condamnés (art. 74). Pour les frais d'exécution, ils sont supportés par le canton lorsqu'il s'agit de détention et mis partiellement à charge des mineurs et des représentants légaux, lorsqu'il s'agit de mesures.

Le canton de Bâle-Ville a prévu que les frais de procédure étaient, en principe, à la charge du mineur (s'il a plus de 14 ans, avec la responsabilité conjointe des parents) et à la charge des parents, s'il a moins de 14 ans. Il peut être renoncé à percevoir ces frais, pour des raisons particulières, non énumérées (art. 16 GJStRP). Pour les frais d'exécution, la loi renvoie purement et simplement à la Loi d'organisation des autorités de tutelle et de protection de la Jeunesse.

Le canton de Berne a des règles proches de celles des adultes à l'article 23 LRMD, mais avec la possibilité réservée pour l'autorité de renoncer à mettre tout ou partie des frais à la charge de la personne jugée, si des circonstances particulières le justifient (art. 23 ch. 3). Pour les frais d'exécution, ils sont supportés par l'Etat s'il s'agit de l'exécution d'une peine et pour les mesures, mais dans ce dernier cas avec appel à une contribution des représentants légaux, qui est fixée de cas en cas (art. 87 et 88).

A Fribourg, la LJPM permet de mettre les frais de procédure à la charge du mineur, y compris ceux de la garde et de la mise en observation; il est cependant stipulé que la charge des frais ne doit pas mettre en péril l'entretien et l'éducation du mineur (art. 50 et 51). Si ni le mineur ni ses parents ne peuvent payer, les frais sont à la charge du canton. Pour les frais d'exécution, ceux-ci sont aussi mis à la charge du mineur et des parents, subsidiairement de l'Etat. Une répartition doit, en pratique se faire, surtout dans l'exécution des mesures.

A Genève, le principe de la gratuité générale a été arrêté (art. 50 LJEA). Pour les frais d'exécution, ceux relatifs à la détention sont pris en charge par l'Etat (art. 51 ch. 2) et ceux relatifs au placement, par le canton, moins une contribution des parents.

Dans les Grisons, les frais de procédure sont à la charge du canton (art. 222 StPO); les frais d'exécution des sanctions sont à la charge du canton et ceux des mesures, à la charge des parents ou, en cas d'indigence, à la charge des corporations publiques (art. 188 s. StPO).

Au Jura, les frais de procédure suivent le même sort que pour les adultes (art. 22 LTM), mais avec des exceptions possibles selon le Décret concernant le régime applicable aux mineurs délinquants du 6.12.1978. Pour les frais d'exécution, ceux liés à l'exécution de la sanction sont supportés par l'Etat et ceux liés à l'exécution de la mesure sont supportés par l'Etat et le mineur et ses parents, selon une répartition décidée de cas en cas.

A Lucerne, l'article 201 StPO fixe que les frais de procédure sont mis à la charge de l'enfant et de ses parents (ch. 1), à la charge de l'adolescent (ch. 2) et qu'il peut être renoncé à tout ou partie des frais de procédure pour des raisons particulières (ch. 3). Les frais d'exécution sont supportés par les parents, l'enfant ou l'adolescent et subsidiairement par les corporations publiques (art. 202).

A St-Gall, les frais de procédure sont mis à la charge de l'Etat, lorsqu'il apparaît que le condamné ne peut raisonnablement les supporter. Les frais de mise en observation et de placement peuvent être mis partiellement à la charge des parents (art. 317 bis StPO). Pour les frais d'exécution, ceux liés à l'exécution de peines sont pris en charge par le canton et pour les mesures, répartis entre Etat et parents, selon les cas individuels (art. 224).

Dans le canton de Vaud, les frais de procédure peuvent être mis en tout ou en partie, à charge des parents ou du mineur, le solde étant mis à la charge de l'Etat (art. 22 LJPM). Pour les frais d'exécution, ils sont supportés par le mineur et ses parents, subsidiairement par l'Etat (art 85 LJPM).

En Valais, le principe est que la procédure est gratuite, mais que le juge peut mettre tout ou partie à charge du mineur ou de ses parents

lorsque les circonstances le justifient (art. 157 CPP). Pour les frais d'exécution, ils sont supportés par le mineur et ses parents dans le cadre de la contribution d'entretien et subsidiairement par l'Etat, la répartition étant décidée de cas en cas.

A Zurich, les frais de procédure sont mis à la charge du mineur ou de ses parents, sauf raisons particulières que doit motiver le Jugendanwalt (art. 388 StPO et 30 VOJStV). Les frais d'exécution sont pour les sanctions, pris en charge par l'Etat et pour les mesures, répartis entre mineurs et parents d'une part et Etat d'autre part, au cas par cas (art. 32 à 37 VOJStV).

Il semble donc n'y avoir en cette matière pas d'unanimité non plus, ce qui amène à réfléchir à une situation unifiée qui pourrait être celle de notre conclusion.

### 139. Conclusion

Pour avoir une position simple et applicable, il serait possible d'envisager la solution suivante :

- Pour les frais de procédure à proprement parler, le principe que le mineur et ses parents les prennent en charge, sauf si des raisons particulières justifient une exception.

Il conviendrait néanmoins de préciser que les frais relatifs à l'observation ou au placement provisoire, qui impliquent un déplacement du milieu familial et des prix de journée élevés, doivent être traités comme des frais d'exécution de mesures.

- Pour les frais d'exécution, il serait opportun de distinguer :
  - les frais d'exécution de sanctions, à faire supporter par les cantons, en totalité;
  - les frais d'exécution de mesures qui devraient être répartis entre mineurs et parents d'une part et Etat

d'autre part, étant souligné le rôle subsidiaire de l'Etat. Au vu des coûts importants représentés par certaines mesures, il n'est guère envisageable de dire plus et il faut laisser aux dispositions cantonales le soin d'établir les directives à cet effet.

QUATRIEME PARTIE : VERS UNE LOI FEDERALE DE PROCEDURE PENALE POUR  
LES MINEURS

CHAPITRE I : Une exigence de lisibilité

140. Les droits de l'enfant ont érigé l'enfant en sujet de droits et lui ont donné la parole. Concrètement cela signifie qu'il a le droit de s'exprimer dans toutes les décisions qui le concernent et l'instance appelée à trancher doit lui accorder un espace pour qu'il puisse s'exprimer. Dès lors, le législateur doit avoir le souci nouveau de rendre la loi compréhensible, en tous les cas accessible aux enfants, dès qu'il s'agit d'un domaine qui les touche.

L'idée qui sous-tend cette nouvelle approche, est de préparer les jeunes à assumer leur citoyenneté et de les mettre, plus tôt que par le passé, en présence de leurs responsabilités. Dans les grands textes internationaux, cette exigence revient de manière permanente : ainsi la CDE, dans son article 40 ch. 1 demande que "les Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement qui soit de nature à [...] faciliter sa réintégration dans la société et [...] assumer un rôle constructif au sein de celle-ci". L'article 1.1-1 de la Loi Modèle intitulé "Preliminaire" énonce à son paragraphe 4 le principe suivant : "Le système de justice des mineurs doit également tendre au développement de la personnalité et de la responsabilité morale du mineur en tant que citoyen.". Ce principe est repris parmi les principes de base (International umbrella principles, litt. g) dans le guide des NU pour la Justice des mineurs (133).

En matière de droit pénal des mineurs, il ne fait pas de doute que nous nous trouvons dans un domaine sensible puisque l'enfant est sur le devant de la scène, soupçonné ou accusé d'une infraction. Il doit donc pouvoir s'exprimer et nous avons vu que le législateur le mettait au centre des débats. Mais connaît-il les enjeux de ce procès? sait-il clairement les règles qui le régissent? La réponse dépend évidemment de chaque cas particulier et varie selon l'âge, la maturité et le développement de chaque enfant.



Une conclusion évidente nous paraît devoir être tirée de cette exigence des droits de l'enfant : si nous voulons vraiment une participation de l'enfant, nous devons fournir un effort très sérieux pour que la loi soit compréhensible pour le mineur lui-même. Et cela ne devrait pas être un vœu, mais bien une réalité. Dans un champ aussi important que le droit formel, c'est-à-dire celui qui explique comment le justiciable peut et doit agir, cette réalité prend une importance particulière. Pour que les mineurs sachent leurs droits et la manière de les mettre en application, nous devrions leur donner un outil qu'ils puissent lire et comprendre.

## CHAPITRE II : Souplesse et réalisme

141. Le droit positif applicable aux mineurs délinquants en Suisse est un droit souple et réaliste. Le droit à venir, tel qu'il découle du projet de LFCPM reste un droit de la même veine, c'est-à-dire empreint du souci de l'efficacité, tout en répondant à des critères nouveaux, ceux développés dans le sillage de la jurisprudence de la Cour européenne et du TF, ceux aussi nés de la nouvelle donne universelle des droits de l'enfant.

Les procédures cantonales en vigueur sont des procédures adaptées à la réalité locale et fortement marquées par le souci de protection des enfants et d'une intervention aussi légère que possible. Elles n'ont, et de loin pas, réglé tous les problèmes, mais elles permettent une application de la loi dans des conditions sinon optimales, du moins très satisfaisantes. Le peu de recours qui marque la vie des instances des mineurs en Suisse montre bien qu'il s'agit d'un droit proche des gens, bien accepté et qui respecte les grands principes du droit. De plus, nous pensons que les personnes qui appliquent ce droit (magistrats, mais aussi travailleurs sociaux) sont investies d'une certaine mission et qu'elles agissent dans un état d'esprit de réelle protection de l'enfant.

Au moment d'unifier la procédure pénale pour les mineurs, il faudrait éviter de perdre ce double avantage de la souplesse et de la proximité

des problèmes, pour présenter un modèle qui figerait ce droit et démobiliserait ceux qui l'appliquent. Il est donc nécessaire de ne pas tout codifier et de laisser une certaine marge de manoeuvre à ceux qui vont appliquer ce droit. C'est d'ailleurs l'une des revendications des grands standards internationaux que de laisser un certain pouvoir discrétionnaire au juge des enfants. Ainsi la CDE postule en son article 1.1-1, paragraphe 6 que "eu égard aux besoins particuliers et variés des mineurs, un pouvoir discrétionnaire destiné à mettre en oeuvre toutes les mesures possibles doit être prévu à tous les stades de la procédure". Cette même disposition est reprise à l'article 6.1 des Règles de Beijing, en précisant au ch 2. que l'"on s'efforcera, toutefois, d'assurer à toutes les étapes et à tous les niveaux, l'exercice responsable de ce pouvoir discrétionnaire".

Dès lors, il paraît utile de prévoir une loi fédérale de procédure pénale qui puisse à la fois régler les grands principes de l'intervention des instances de poursuite, de jugement et d'exécution envers les mineurs délinquants et à la fois tolérer que tous les cas de figure n'aient pas été envisagés. Le pouvoir prétorien du magistrat des mineurs est une réalité qu'il faut, si possible, réussir à maintenir. La confiance des justiciables dans un système qui fonctionne depuis près de 60 ans, elle aussi, doit être préservée.

### CHAPITRE III : Une loi spéciale ou un chapitre du code de procédure?

142. Le projet de Loi fédérale sur la procédure pénale avance bon train et précède de plusieurs encablures les dispositions consacrées aux mineurs. Il se pose donc la question de l'intégration de cette procédure spéciale dans la loi pour les adultes ou celle de promulguer une loi ad hoc qui pourrait s'intituler "Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs".

Les deux variantes sont possibles et praticables.

143. Disons tout d'abord que les dispositions pour les mineurs n'entendent pas régler toutes les questions de manière exhaustive et qu'il n'est pas question, à nos yeux, de prévoir l'ensemble du dispositif procédural dans la logique des mineurs. Tout ce qui peut être repris des adultes doit l'être, comme cela est aussi le cas pour le droit matériel. Dès lors, ne doivent figurer dans la lex specialis que les règles qui s'écartent de la loi ordinaire, pour des motifs bien précis, soit ceux qui ont été développés dans les parties 2 et 3 de ce rapport.

Il y aurait, dès lors, un intérêt pratique à englober les dispositions des mineurs dans la Loi fédérale pour les adultes, en en faisant un chapitre spécial dans la partie consacrée aux procédures particulières. Il serait ainsi immédiatement compris que, sauf les exceptions figurant dans ce chapitre, toutes les autres dispositions s'appliquent aux mineurs. Cette solution n'est pas inconnue en Suisse, puisque déjà adoptée par de très nombreux cantons tels que, notamment, Appenzell AR, Glaris, Grisons, Lucerne, Nidwald, Obwald, St-Gall, Thurgovie, Valais et Zoug.

D'autres cantons ont une loi particulière et un renvoi massif au Code de procédure pour les adultes (par exemple Zurich).

144. Un troisième groupe de cantons ont légiféré de manière indépendante et ont établi des lois particulières (lois sur la juridiction pénale des mineurs qui sont à la fois des lois d'organisation judiciaire et des lois de procédure pénale). Elles débutent presque toutes par un renvoi au Code de procédure pénale des adultes pour expliquer l'applicabilité des règles ordinaires de procédure et l'exception des dispositions particulières contenues dans la loi spéciale. Cette dernière formule serait l'autre possibilité envisageable pour la procédure unifiée.

145. Du point de vue de la symbolique, la variante deux (lex specialis) s'impose sans discussion; si nous voulons mettre l'accent sur les différences entre droit pénal des mineurs et droit pénal ordinaire, il n'y a pas de doute que cette solution est la seule à pouvoir répondre à cette exigence. Elle a par contre le défaut de devoir faire appel à deux codes pour qui veut connaître toute la matière.

Du point de vue des différences fondamentales entre les deux procédures, il y a celle de l'état d'esprit et des objectifs particuliers du droit pénal des mineurs qui se répercutent sur la manière de procéder. Différence de matière égale différence de manière, avons-nous dit. Cet argument plaiderait également pour une séparation des deux législations.

Si nous parlons de la lisibilité et de l'accessibilité aux mineurs, il est probablement aussi préférable de séparer les deux procédures et de chercher un mode de rédaction particulièrement adapté à de jeunes justiciables, ce que ne pourront pas offrir, il est clair, les dispositions pour les adultes.

Sur le plan de l'aspect purement pratique, il est indéniable qu'un chapitre intégré dans une seule et même loi est plus facile à manier et plus logique, également pour les non initiés qui n'ont pas besoin de rechercher deux documents.

Si nous prenons l'exemple du droit matériel - en proie au même dilemme au moment de choisir si les dispositions applicables aux mineurs délinquants doivent faire l'objet d'un chapitre intégré dans la partie générale du CP ou l'objet d'une loi particulière -, la décision a penché pour la deuxième solution : donner plus de poids à un droit particulier, abordé avec un esprit particulier, pour des objectifs particuliers. C'est la raison du choix d'une Loi fédérale régissant la condition des mineurs.

146. Au moment de faire des choix, il nous paraît judicieux de privilégier l'aspect symbolique et de donner la primauté au sens, plutôt qu'à la forme. Il sera donc question, dans le chapitre suivant d'une lex specialis et non d'un chapitre de la loi fédérale en préparation.

Néanmoins, cette loi se référera à sa loi-mère, celle applicable aux adultes. Il est renoncé à établir une loi exhaustive, au contraire de la solution choisie à Fribourg pour le projet de code de procédure pénale pour les mineurs (134) où toutes les dispositions ont été prévues dans les moindres détails. Cette opération nous paraît faire double emploi avec le projet de Loi fédérale de procédure pénale. Donc, nous ne

trouverons dans la lex specialis que les points de procédure qui divergent de celle des adultes, étant précisé que les points où il n'y a pas divergence, il y a application avec nuances, par analogie, comme nous l'avons dit à la fin de la première partie, de la loi de procédure prévue pour les majeurs. Cette application nuancée est alors un nouvel argument pour une loi séparée.

#### CHAPITRE IV : Structure possible pour une loi fédérale de procédure pénale applicable aux mineurs

147. Dans ce chapitre, nous allons essayer de montrer, non des articles, mais ce que pourrait être une loi de procédure fédérale pour les mineurs : sa construction, son squelette, mais pas encore des dispositions concrètes et abouties. Celles-ci seront l'objet d'une deuxième phase du développement du projet d'unification de la procédure pénale (été 2000).

##### 148. Titre premier : Dispositions générales

Ce premier titre aurait pour objectifs de définir le champ et l'objet de la lex specialis, les principes généraux et particuliers qui doivent régler l'intervention pénale, les relations avec la loi des adultes et l'institution d'un principe d'opportunité.

L'article 1 devrait être consacré à la définition de l'objet du code et à son champ d'application.

L'article 2 serait consacré à établir un principe général, soit le rappel des objectifs et de l'esprit du droit des mineurs, avec la nécessaire préparation du mineur à exercer sa future citoyenneté.

L'article 3 réglerait le renvoi à la Loi fédérale de procédure : deux variantes sont possibles :

- soit un renvoi général : tout ce qui n'est pas prévu dans la lex specialis s'applique;

- soit une énumération exhaustive des articles de la loi ordinaire qui s'appliquent aussi aux mineurs.

La première a l'avantage de la souplesse et d'éviter ici une longue énumération; la seconde, l'avantage de la précision et de la sécurité du droit. La LFCPM a choisi la deuxième formule.

L'article 4 établirait des principes particuliers qui doivent être respectés dans la procédure des mineurs : soit la participation de l'enfant et des parents, la limitation au strict nécessaire de l'intervention pénale; le principe de la célérité.

L'article 5 serait la base légale introduisant un principe d'opportunité. Nous pouvons discuter de la place de cet article, en le plaçant dans les actes de l'instruction. Nous avons pensé plus judicieux de le mettre dans le titre premier, pour bien montrer qu'il s'agit d'un principe général, qui donne ainsi un certain état d'esprit à la loi.

#### 149. Titre deuxième : Les autorités pénales et leurs attributions

Ce titre aurait comme objet de définir quelles sont les autorités de poursuite, de jugement et d'exécution en matière de procédure pénale pour les mineurs et de définir leurs compétences. Il réglerait aussi les différences avec le droit des adultes dans deux domaines : celui du rôle du Ministère public et celui de l'absence de Juge de contrainte (Haftrichter).

L'article 6 établirait qui sont les autorités de poursuite pénale, soit :

- la police,
- le Jugendanwalt/Juge des mineurs et
- les autorités en matière de contraventions autres que celles du CP, désignées par les cantons.

L'article 7 énoncerait les autorités de jugement, soit :

- le Jugendanwalt/Juge des mineurs,
- le Jugendgericht/Tribunal des mineurs et
- l'instance de recours.

L'article 8 déciderait de l'attribution de la compétence d'exécution. Deux variantes sont possibles :

- le Jugendanwalt/Juge des mineurs (variante a);
- une autorité administrative désignée par le canton (Service de protection de la Jeunesse; variante b).

L'article 9 préciserait que l'organisation et le fonctionnement des autorités judiciaires sont laissés aux lois cantonales ad hoc.

L'article 10 fixerait les compétences de la police, agissant sous les directives du Jugendanwalt/Juge des mineurs.

L'article 11 énumérerait les compétences du Jugendanwalt/Juge des mineurs agissant au stade de l'instruction et lui donnerait compétence pour diriger l'enquête pénale, classer par opportunité, prononcer des ordonnances pénales impliquant la surveillance et des sanctions légères (la réprimande, la prestation personnelle jusqu'à x jours ou la participation à un cours, l'amende jusqu'à x francs, la renonciation à toute sanction).

L'article 12 réglerait la possibilité pour les cantons d'attribuer certaines contraventions aux autorités administratives.

L'article 13 fixerait les compétences du Jugendanwalt/Juge des mineurs comme autorité de jugement, lui donnant compétence pour juger les infractions passibles des sanctions mentionnées ci-dessus, plus l'assistance éducative et le traitement spécial, l'amende jusqu' x francs, la prestation personnelle jusqu'à x jours et la détention jusqu'à x jours.

L'article 14 traiterait des compétences du Jugendgericht/Tribunal des mineurs, avec deux possibilités :

- le Tribunal des mineurs fonctionnant comme dans le modèle romand (un Président identique au Juge des mineurs et deux assesseurs laïcs) et compétent pour toutes les décisions de première instance (variante a);
- le Tribunal fonctionnant comme Jugendgericht (système Jugendanwaltschaft), soit renvoi au Tribunal de district, avec comparution du Jugendanwalt, compétent pour toutes les décisions de première instance (variante b).

L'article 15 donnerait les grandes lignes des possibilités de recours, soit la plainte pour les actes d'instruction et les mesures provisoires auprès d'une chambre ad hoc du Tribunal cantonal, l'appel pour les jugements du Juge des mineurs auprès du Tribunal des mineurs et l'appel pour les jugements du Tribunal des mineurs auprès de la Chambre ad hoc du Tribunal cantonal.

L'article 16 donnerait la position que joue le Ministère public, en dérogation de la loi ordinaire.

L'article 17 proposerait que le Haftrichter n'intervienne pas en procédure pénale des mineurs et que les compétences des mesures de contrainte soient confiées au Juge des mineurs (variante a) et au Tribunal des mineurs, lorsque la détention préventive dépasse 5 jours (variante b).

L'article 18 aurait comme contenu d'attribuer les compétences de l'exécution au Juge des mineurs (variante a) ou au service administratif cantonal (variante b).

#### 150. Titre troisième : Règles particulières de procédure

Dans ce chapitre, il s'agirait de préciser quelques principes de la procédure pénale des mineurs que nous avons examinés dans la troisième partie du rapport et qui dérogent au droit des adultes.



L'article 19 traiterait du for et reprendrait grosso modo l'article 37 de la LFCPM.

L'article 20 serait consacré à la disjonction des causes entre majeurs et mineurs, lorsque ceux-ci sont impliqués dans les mêmes affaires avec le principe de laisser le juge des mineurs intervenir pour les mineurs et les instances des adultes, pour les majeurs.

L'article 21 consacrerait le droit des parents et représentants légaux de participer à la procédure, d'être informés, voire l'obligation d'y prendre part, sauf intérêt contraire.

L'article 22 mettrait en exergue le principe du huis clos, avec la possibilité d'assouplir cette règle, si nécessaire. Et avec la possibilité de publier des communiqués de presse, à condition que l'identification des mineurs ne soit pas possible.

L'article 23 réglerait la question de l'accès au dossier, en permettant une limitation des renseignements personnels aux seuls défenseur et Ministère public.

L'article 24 serait consacré à la conciliation en cas d'infractions poursuivies sur plainte. Dans ces situations, le juge pourrait soit procéder lui-même, soit confier cette tâche à un médiateur; le recours à cette méthode nous semble particulièrement bien adaptée à la procédure pénale pour les mineurs.

#### 151. Titre quatrième : Les parties et le défenseur

L'article 25 définirait qui sont les parties, à savoir :

- le prévenu, accusé ou condamné et son représentant légal,
- le Ministère public et
- la partie civile.

L'article 26 désignerait le prévenu mineur et ses droits, avec la possibilité de limiter son droit à la participation aux débats.

L'article 27 traiterait du Ministère public comme une partie ordinaire, avec en plus, un rôle de surveillant de l'action publique.

L'article 28 serait consacré à la partie civile et à son droit de se constituer devant les juridictions des mineurs. Avec toutefois une restriction de son droit à prendre part aux débats.

L'article 29 aborderait la question de la défense, avec la question de la légitimité accordée au mineur capable de discernement et à ses représentants légaux.

A l'article 30, il serait question de la défense facultative, possible à tous les stades de la procédure; à l'article 31, de la défense obligatoire pour les cas de détention préventive, incapacité de se défendre, décision de placement provisoire ou si le Ministère public comparait aux débats; à l'article 32, de la défense d'office pour le prévenu indigent en cas de défense obligatoire ou pour un cas difficile et grave.

#### 152. Titre cinquième : Instruction, débats et jugement

L'article 33 instituerait le principe de la collaboration obligatoire avec les instances publiques ou privées pour recevoir les renseignements de personnalité.

L'article 34 consacrerait la possibilité de prendre des mesures provisoires, notamment de placement ou d'observation.

L'article 35 serait dédié à la détention avant jugement, en établissant les conditions nécessaires pour une telle décision : soupçon d'infraction grave et risque de fuite, collusion ou répétition. Il serait opportun de fixer ici un délai maximal dans lequel le mineur doit être entendu.

L'article 36 fixerait les conditions de l'exécution de la détention, surtout la séparation d'avec les adultes.

L'article 37 fixerait la possibilité pour le juge des mineurs d'ordonner des contrôles médicaux (prise d'urine, de sang et test ADN).

L'article 38 serait voué à la comparution personnelle du mineur et des représentants légaux aux débats, avec la possibilité de dispense ou de restriction de la présence.

L'article 39 donnerait la possibilité du jugement par défaut.

L'article 40 parlerait de la notification orale ou écrite du jugement et de la possibilité de renoncer à la notification écrite.

153. Titre sixième : Voies de droit

L'article 41 donnerait la légitimité au mineur capable de discernement et à ses représentants légaux de faire recours.

L'article 42 parlerait de la plainte possible contre les actes d'instruction nommément désignés ou contre certaines décisions de mesures provisoires.

A l'article 43, serait prévue l'opposition contre les décisions prises par voie d'ordonnance pénale.

L'article 44 serait consacré à l'appel possible auprès du Tribunal des mineurs contre les décisions du Juge des mineurs et auprès de la Chambre ad hoc contre les décisions du Tribunal des mineurs.

L'article 45 serait consacré à la réclamation possible contre les actes de la police ou ceux du Juge des mineurs, non susceptibles de plainte.

L'article 46 parlerait du relief du défaut et l'article 47 de la révision.

154. Titre septième : Exécution

L'article 48 donnerait le principe de la compétence de l'exécution au Juge des mineurs (variante a) ou à un service administratif (variante b) et la nécessaire collaboration avec les instances publiques ou privées.

L'article 49 prévoirait un recours possible contre les actes d'exécution par la voie du droit administratif.

155. Titre huitième : Frais

L'article 50 indiquerait que les frais de procédure peuvent être mis à la charge du mineur et de ses représentants légaux, sauf raisons particulières justifiant la gratuité. Avec la nécessité de traiter les placement provisoire et observation comme des mesures.

L'article 51 énoncerait le sort des frais d'exécution, à savoir que les frais de sanction seraient pris en charge par l'Etat et les frais de mesures par le mineur et les parents, subsidiairement par l'Etat, la répartition devant se faire selon les normes cantonales.

\*\*\*\*\*

NOTES

1. De 29 à l'unité, Concept d'un code de procédure pénale fédéral.
2. De 29 à l'unité, Audition sur le rapport de la Commission d'experts.
3. Message concernant la modification du CP, CPM ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, p. 418 à 435.
4. Idem, p. 238.
5. Convention des NU relative aux droits de l'enfant.
6. CAPPELAERE, p. 56.
7. Droit pénal européen des mineurs, op. cit.
8. Normes internationales relatives aux droits de l'enfant, Livret I.
9. Idem, Livret II.
10. Idem, Livret IV.
11. Idem, Livret III.
12. MCCARNEY, p. 219 ss.
13. Chronique de l'AIMJF, p. 2 à 24.
14. VERSCHRAEGEN, p. 275 ss.
15. Commentary to the Model Law on juvenile Justice.

16. ZERMATTEN, Face à l'évolution des droits de l'enfant, quel système judiciaire : système de protection ou système de justice?
17. ZERMATTEN, RVJ 1995, p. 319 ss.
18. Cf. supra, note 3, p. 242.
19. Idem, p. 420.
20. STETTLER, p. 61.
21. Cf. supra, note 3, p. 420 et 423.
22. ZERMATTEN, RVJ 1996, p. 207.
23. Cf. supra, note 3, p. 430.
24. Voir notamment ZANI, p. 23 ss.
25. Ministère de la justice du Québec, p. 22 ss.; supra, note 22, p. 211 ss.
26. Cf. supra, note 3, p. 282 à 285.
27. Idem, p. 241 à 419.
28. Règles de Beijing, p. 11 s.
29. Loi Modèle, art. 1.1-1 par. 6.
30. DJStRP/AG et StPO/AG.
31. StPO/A AR.
32. JStRP/BL.
33. StPO/GL.

34. StPO/GR.
35. StPO/LU.
36. StPO/NI.
37. StPO/OW.
38. StRP/SG.
39. GStJRP/SH.
40. StPO/SW.
41. Art. 16 ss GGO/SO et VOJStRP/SO.
42. StPO/UR.
43. Art. 62 ss StPO/ZG.
44. VOJStV/ZH et StPO/ZH.
45. Cf. supra, note 30, art. 11 à 17 StPO/AG.
46. Voir aussi : Les autorités cantonales chargées de la poursuite pénale en Suisse.
47. Les statistiques fédérales sur les condamnations des mineurs en Suisse montrent en effet pour l'année 1996 que les réprimandes, prestations de travail, amende et renonciation à toutes sanctions constituent le 77,3 % de toutes les condamnations prises à l'égard des adolescents; en y ajoutant les privations de liberté jusqu'à 30 jours, nous obtenons 88,4 %. Les mêmes données pour les enfants aboutissent à 91,85 %.

Pour 1997 : adolescents, sans privation de liberté = 76,95 % ;  
adolescents, avec privation de liberté jusqu'à 30 jours = 87,42 % ;  
enfants = 82 %.

Pour 1998 : adolescents, sans privation de liberté = 73,8 % ;  
adolescents, avec privation de liberté jusqu'à 30 jours = 86,3 % ;  
enfants = 92,5 %.

Cf. Condamnations pénales des mineurs.

48. Les mêmes statistiques fédérales montrent que les mesures ambulatoires constituent :

Pour 1996 : 4 % pour les adolescents et 4,95 % pour les enfants.

Pour 1997 : 3,6 % pour les adolescents et 3,9 % pour les enfants.

Pour 1998 : 3,8 % pour les adolescents et 4 % pour les enfants.

Si l'on additionne les chiffres de la note 47 à ceux ci-dessus, nous obtenons :

En 1996 : 92,01 % des décisions concernant le juge unique.

En 1997 : 92,44 % des décisions concernant le juge unique.

En 1998 : 92,39 % des décisions concernant le juge unique.

Cf. Condamnations pénales des mineurs.

49. LRMD/BÉ.

50. LJPM/FR.

51. LJEA/GE.



52. LTM/JU.
53. LOJ/VS et CPP/VS.
54. LJPM/VD.
55. Cf. supra, note 49, art. 1 et 11 LRMD/BE.
56. Cf. art. 1 et 11 LJEA/GE.
57. Cf. supra, note 54, art. 1 LJPM/VD.
58. Ordonnance du 2 février 1945, no 45-174.
59. LPEA/NE.
60. JVO/A IR et GOG/A IR.
61. GJStRP/BS.
62. Tessin.: ancienne loi et nouvelle loi.
63. Avant-projet CPPM/FR.
64. Voir notamment ATF 112 Ia 290 et 113 Ia 72.
65. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt de Cubber c/ Belgique du 26.19.1984, série A no 86.
66. Cour de cassation pénale du canton de Fribourg, arrêt du 9.1.1995, 79/94 consid. 2 litt. c.
67. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Hauschildt c/ Danemark du 24.5.1989, série A no 154.
68. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Nortier c/ Pays-Bas du 24.8.1993, 31/1992/376/450.

69. Idem, opinion concordante de M. le Juge Morenilla.
70. Cour de cassation, Chambre criminelle, arrêt du 7.4.1993 c/ une décision de la Cour d'appel, Chambre des mineurs de Reims du 30.7.1992, no T 92-84.725 P.
71. ZERMATTEN, RPS 107/1990, p. 375.
72. Cf. supra, note 15, p. 7.
73. Cf. supra, note 1, p. 109 s.
74. Cf. supra, note 49.
75. Cf. supra, note 61.
76. Cf. supra, note 63.
77. Cf. art. 380 StPO/ZH.
78. Cf. supra, note 62, art. 23 nouvelles Dispositions tessinoises.
79. Rapport sur l'exercice de la justice 1999.
80. Cf. supra, note 15, p. 14.
81. 2551 condamnations de mineurs pour 1998 à Zurich, contre 9 pour l'ensemble de la Suisse (cf. Condamnations pénales des mineurs).
82. Voir à ce sujet le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Fey c/ Autriche du 24.2.1993, 93/1991/345/418.
83. Chiffres calculés à partir des statistiques fédérales pour les années 1996, 1997 et 1998 (1999 non connues à ce jour), cf. Condamnations pénales mineurs.

84. Voir supra, note 10, p. 14.
85. Voir supra, note 15, p. 11.
86. JGG du 20.10.1988, entrée en vigueur le 1.1.1989.
87. Cf. supra, note 50, art. 39 ch. 1 LJPM/FR.
88. Cf. supra, note 54, art. 10 LJPM/VD.
89. BOEHLEN, p. 283 ss.
90. Idem, p. 286.
91. SSDPM, Directives du 11.4.1997 faisant référence à vingt années de pratique des instances judiciaires suisses.
92. Idem.
93. DFJP, décision en la cause A.G. du 13.12.1999.
94. Cf. supra, note 3, p. 281.
95. Pour une idée complète de la question, lire le Message (cf. supra, note 3, p. 280 à 282).
96. BOEHLEN, p. 276.
97. ATF 108 Ia 90 = JdT 1983 IV 57.
98. Idem, JdT 1983 IV 57 consid. d.
99. Cf. supra, note 3, p. 282.
100. BOEHLEN, p. 278.

101. Voir supra, note 15, p. 12.
102. The United Nations and juvenile justice, p. 8 ss.
103. ATF 115 Ia 293 = JdT 1991 IV 108/114; ATF 122 I 109.
104. PIQUEREZ, Précis de procédure pénale suisse, p. 370, no 1940.
105. TF Ia 302/1995 (arrêt non publié).
106. ATF 122 I 153 = JdT 1998 I 194/201.
107. SCHMID, p. 141 ss.
108. PIQUEREZ, op. cit., p. 335, no 1746.
109. idem, p. 334, no 1739.
110. DUENKEL, p. 41 ss .
111. D'AMOURS, p. 95 ss et WINTER, p. 231 ss.
112. PIQUEREZ, RJJ 1996, p. 1 ss.
113. CORBOZ, SJ 1996, p. 53.
114. Idem, p. 72.
115. ATF 122 IV 79 = JdT 1998 IV 19.
116. JdT 1998 IV 19/21 s.
117. Voir aussi SJ 1996, p. 401.
118. PIQUEREZ, RJJ 1996, p. 32.

119. SCHMID, p. 133.
120. HAUSER/SCHWERI, p. 146.
121. De 29 à l'unité, Concept d'un code de procédure pénale fédérale, p. 90 s.
122. ATF 111 Ia 81 = JdT 1986 IV 11/13 s.
123. Cf. supra, note 3, p. 283.
124. SCHMID, p. 208 ss.
125. OBERHOLZER, p. 313.
126. Cf. supra, note 3, p. 245.
127. SCHMID, p. 269 ss.
128. PIQUEREZ, Précis de procédure pénale suisse, p. 419 ss.
129. BOEHLEN, p. 279.
130. Ces éléments sont tirés de PIQUEREZ, Précis de procédure pénale suisse, p. 424 ss.
131. Cf. supra, note 3, p. 284.
132. CALAME, voir les conclusions.
133. Cf. supra, note 102, p. 8.
134. Projet CPPM/FR.

\*\*\*\*\*