

Separatdruck aus:

Jugend und Delinquenz
Jeunesse et Délinquance

456 Seiten, Fr. 48.- (1988)

ISBN 3 7253 0319 3

Verlag Rüegger · CH-7214 Grösch

POLITIQUE CRIMINELLE ET DELINQUANCE JUVENILE

José Hurtado Pozo

I. ASPECTS GENERAUX

1. Introduction

L'analyse de la politique criminelle relative à la délinquance juvénile soulève la délicate question de savoir dans quelles limites il faut faire appel à la répression pénale.

Porter un jugement sur les incidences, nombreuses et importantes, des phénomènes soulevés par une telle problématique sortirait du cadre de notre étude. Notre exposé n'a nullement la prétention d'examiner ces problèmes dans toutes leurs dimensions. Nous n'entendons porter que quelques réflexions sur l'opportunité de renforcer l'aspect répressif du droit pénal des mineurs.

Pour éviter de tomber dans l'abstrait, notre analyse s'appuie sur l'avant-projet du Professeur M. Stettler. Nous tenterons ainsi d'abord de définir la délinquance juvénile. Ensuite, nous examinerons la politique suivie par C. Stross et la réforme de 1971 du Code pénal. Enfin nous analyserons le recours à une peine privative de longue durée pour réprimer les mineurs responsables d'infractions graves.

2. Terminologie

Avant tout, il est indispensable de formuler quelques précisions terminologiques. La notion de délinquance juvénile est difficile à cerner, tant quant à la conception de la délinquance en général qu'en regard des buts visés lors de

la tentative de définition d'une telle notion. Tentative qui ne peut aboutir, de prime abord, qu'à cette constatation: une définition précise et généralement acceptable de la délinquance juvénile n'existe pas (1).

On peut toutefois tenter une approche du phénomène, en analysant les deux termes de la proposition. Le caractère juvénile de la délinquance apparaît comme une donnée plus claire que la notion même de délinquance (2). Certes, les critères admis sont multiples, mais la jeunesse peut, en règle générale, être considérée comme la première partie de la vie allant de l'enfance à l'âge adulte. Les limites chronologiques de la jeunesse sont fixées différemment par les divers systèmes juridiques. Mais c'est lorsque l'on se penche sur la notion de délinquance juvénile que les problèmes surgissent. D'un point de vue purement juridique, la délinquance juvénile est l'ensemble des infractions pénales commises, en un temps et en un lieu donnés, par des mineurs pénaux (3). Une perspective aussi restrictive apparaît à certains comme arbitraire, voire vide de signification. Dans un sens plus large, la notion de délinquance juvénile recouvre tantôt des transgressions à la loi pénale, tantôt des comportements sociaux ou déviants qui ne sont pas délictueux (4). Cette conception se rapproche de la définition élaborée par la criminologie conformément à une approche sociologique du phénomène. Les critiques ne sont pas non plus épargnées à une telle conception, qui apparaît imprécise et abusivement large, confondant d'une part désadaptation sociale et délinquance, mineurs nécessitant protection ou traitement et mineurs délinquants d'autre part. L'usage indifférencié de cette terminologie dans des sens complètement différents rend très difficile l'instauration d'une discussion utile de politique criminelle où il est nécessaire d'inclure des questions relatives aux degrés et aux secteurs de criminalisation (5).

3. Réalité de la délinquance juvénile

La richesse toute relative du matériel scientifique disponible ne permet pas de se faire une idée assez claire de la délinquance chez les jeunes. D'innombrables inconnues restent encore à dévoiler sur ses aspects essentiels. Certains auteurs nient par exemple son caractère "sui generis" par rapport à la criminalité des adultes (6), des explications similaires pouvant être données à l'apparition et au développement des deux genres de délinquance. L'expérience montre toutefois que les mobiles poussant les mineurs à la délinquance sont surtout la curiosité, le jeu, le goût de l'aventure, la bêtise, l'ennui, la plaisanterie... C'est essentiellement durant la période des loisirs, moments de liberté non contrôlés, que se manifeste plus particulièrement cette tendance, influencée également par la consommation d'alcool ou de drogue, la formation de bandes, certains comportements rituels. En outre, la commission d'une infraction chez un mineur est souvent un fait épisodique, qui n'implique pas nécessairement le premier pas vers une carrière criminelle (7).

L'ampleur de la délinquance ne se détermine pas plus facilement pour les mineurs que pour les adultes. Les statistiques officielles ne permettent de connaître qu'une partie de la réalité, seule une petite proportion des infractions étant en fait rapportée aux organes compétents. Certes, il existe des études sur la délinquance "cachée", mais là encore, les données restent imprécises. Comment peut-on alors, à partir de renseignements aussi lacunaires, faire des pronostics sur la nature et la progression des comportements criminels chez les jeunes?

Les efforts réalisés pour cerner cette réalité délictuelle n'ont d'intérêt que si l'on s'efforce de rechercher les facteurs engendrant la criminalité des mineurs. Ces facteurs

peuvent être divisés en facteurs individuels, d'ordre biologique ou psychologique, et en facteurs sociaux, considérés comme les plus importants. On se rapproche des théories biologiques, psychologiques et sociologiques élaborées dans le cadre de la criminalité des adultes (8). Les théories sociologiques fournissent les meilleures méthodes d'analyse pour expliquer la délinquance, dont la source est recherchée dans le processus de socialisation de l'individu le comportement délictueux est perçu comme un comportement socialement appris. Malgré l'orientation commune qui les caractérise, les différentes conceptions sociologiques ne donnent pas une explication homogène de l'infraction: elles n'attribuent pas la même importance aux divers facteurs criminogènes. Dans le domaine de la délinquance juvénile, on cite généralement le développement de l'urbanisation, la crise de la relation parents-enfants, les problèmes de scolarisation, l'absorption de drogues... Mais le processus d'étiquetage (9) qu'entretiennent les institutions chargées de la réaction sociale (police, ministère public, juges...) a également été souligné: le délinquant ne serait qu'un stéréotype établi par les organes de poursuite, le résultat d'un processus social de "criminalisation". On ne peut certes pas ignorer l'action stigmatisante de la répression pénale. Toutefois, l'assimilation d'une personne à un délinquant ne peut être uniquement l'œuvre des instances formelles de contrôle social: font partie de la réalité tant le délinquant que la délinquance, bien qu'il ne soit possible ni de cerner celle-ci dans des limites précises ni d'identifier celui-là à l'aide d'un seul critère.

4. Politique criminelle

Les difficultés rencontrées pour saisir l'étendue de la délinquance juvénile et préciser les facteurs dont elle résulte rendent fort ardue la mise en place d'une politique

criminelle. En effet, toute politique criminelle suppose une prise de position aussi bien politique que doctrinale. Sa mission consiste à développer tous les moyens destinés à cerner et à combattre les causes individuelles et sociales de la criminalité, la répression pénale pouvant être considérée comme la mesure la plus sévère (9). Il s'agit alors de déterminer le stade à partir duquel il est nécessaire de faire appel au droit pénal et les structures dont celui-ci doit être doté pour lutter efficacement contre la criminalité.

Historiquement, le courant d'idées pénal dit de politique criminelle apparaît comme un programme de réforme profonde du droit pénal classique. Le droit pénal classique, partant de l'idée que l'homme, et par conséquent le délinquant, était doté de la capacité de décider librement, admettait qu'il était moralement coupable. La peine, châtiment et rétribution à la fois, était considérée comme une réaction nécessaire au rétablissement de l'équilibre social perturbé par l'infraction. A l'opposé, la notion même de politique criminelle implique une conception utilitaire du droit pénal et de la peine. Celle-ci, justifiée lorsqu'elle est utile, doit être remplacée par une autre mesure lorsque la personnalité du délinquant l'exige. Cette conception plus ou moins éclectique de la lutte contre la criminalité s'est essentiellement inspirée du positivisme italien (10).

II. TENDANCES DE LA LEGISLATION ACTUELLE

4. La pensée de Stooss

A la fin du siècle passé, Carl Stooss élabore son avant-projet de Code pénal en reprenant les idées de la politique criminelle, avec une conception relative de la peine. Pour lui, l'essence de la peine est la représaille (Vergeltung), mais le but de la peine est d'empêcher la récidive (11). Celle-ci ne sera donc infligée que si elle paraît propre à

atteindre son but, et dans la mesure où la charge imposée à la communauté - qui prononce et exécute la peine - est justifiée par rapport aux avantages que représente la protection des biens juridiques atteints. Stooss conservait à la culpabilité sa valeur de condition à l'imposition d'une peine, et rejetait aussi bien la "Zweckstrafe" de von Liszt que la responsabilité sociale des positivistes (13).

Selon Stooss, lorsque la peine ne constitue pas le moyen adéquat pour éviter la récidive, on aura recours aux mesures de sûreté qui complètent ou remplacent la peine et sont destinées avant tout aux délinquants qui lui sont insensibles: irresponsables, buveurs chroniques, fainéants, récidivistes (14); les mesures de sûreté ne sont pas des peines en elles-mêmes, mais elles en remplissent souvent le rôle, ce qui ne leur confère pas un caractère pénal à proprement parler (15). Sans que les peines et les mesures aient été nettement séparées, leur différence de nature a néanmoins été reconnue (16). Soulignons, pour mieux cerner la pensée de Stooss (17), que celui-ci était essentiellement un pragmatique, soucieux d'élaborer un code qui réponde aux nécessités pratiques de la lutte contre la criminalité, plutôt que de chercher à consacrer une théorie juridique déterminée.

La pensée novatrice de Stooss se développe pleinement dans le domaine des mineurs délinquants (18). La conception française du discernement, alors dominante, est abandonnée en faveur du critère de la capacité pénale, en tant que capacité de subir une peine. Stooss propose un système centré sur l'idée de la prévention, en instituant des sanctions conformes à la personnalité du mineur, celui-ci étant considéré comme "incapable" de subir une peine. Traitement et éducation se substituent à la rétribution prévue en priorité pour les adultes.

Dans le premier avant-projet, les mineurs de moins de 14 ans, considérés comme "incapables pénaux" et irresponsables, échappent au droit pénal (19). C'est une autorité administrative qui est appelée à prendre les mesures imposées par l'état personnel du mineur en question, notamment lorsque ce dernier est abandonné, corrompu ou en danger de l'être. Un mineur de moins de 14 ans peut également agir fautivement ("fehlbar") sans que la nécessité d'un traitement spécial se manifeste: la commission scolaire intervient alors pour réprimander le fautif ou le soumettre aux arrêts scolaires (20).

Pour les mineurs entre 14 et 18 ans, Stooss prévoit différentes mesures qui tiennent compte de la maturité du mineur concerné, mesures parmi lesquelles le juge devra choisir la plus appropriée. Les normes relatives aux enfants leur seront appliquées s'ils n'ont pas dépassé le degré de maturité d'un enfant de moins de 14 ans. Lorsque l'adolescent ne fréquente plus l'école, une réprimande ou la détention cellulaire de trois jours à trois mois peuvent lui être imposées au lieu et place des arrêts scolaires; et si le besoin d'un "régime disciplinaire rigoureux et prolongé" se fait sentir, le mineur sera placé dans une maison de correction pour une durée de 1 à 6 ans. Au cas où la gravité du délit ou les dispositions criminelles d'un adolescent de 16 à 18 ans s'opposent à son admission dans une maison de correction pour jeunes délinquants et que l'application d'une mesure éducative paraît inopportune, la peine rétributive ordinaire pourra même lui être infligée, mais avec atténuation.

2. Système du CPS

L'avant-projet de Stooss fut modifié à plusieurs reprises par les commissions chargées d'élaborer le projet définitif du Code pénal. Dans le domaine des mineurs, un mouvement

d'idées provenant d'Amérique se fit jour, prônant la création de tribunaux spéciaux, dans le but de privilégier l'orientation sociale des jeunes délinquants au détriment de la punition. Selon Zürcher, "il n'est pas contestable que, tout spécialement pour juger les enfants, un tribunal d'experts, c'est-à-dire composé de gens qui les connaissent et qui les aiment, serait une innovation excellente" (21). Sur la base de ces idées, le traitement administratif prévu pour les enfants de moins de 14 ans fut supprimé. Petit à petit, tant enfants qu'adolescents furent soumis à un droit pénal conçu spécialement pour les mineurs. La consolidation de l'autonomie du droit pénal des mineurs et l'abandon des critères répressifs dans ce domaine aboutissent à l'élaboration d'un titre spécial groupant les dispositions concernant les mineurs, notamment à partir du texte approuvé par la deuxième commission d'experts (22).

Signalons toutefois que les formules adoptées en définitive furent le résultat de compromis entre partisans de la conception classique du droit pénal et défenseurs des idées progressistes de Stooss. L'exemple est frappant dans le domaine des mesures disciplinaires prévues par l'art. 14 ch. 3 de l'avant-projet de juin 1903 (réprimande et détention avec isolement de trois jours à deux mois). Le juge pouvait infliger ces mesures à un adolescent qu'il estimait en faute, mais qui n'était ni abandonné ni moralement perverti et dont l'état n'exigeait pas un traitement spécial. La modification de cette disposition fut exigée, sans succès toutefois, afin de pouvoir infliger une véritable peine à l'adolescent coupable d'un crime particulièrement grave, sans égard au fait qu'il soit particulièrement perverti (23). On proposa de nouveau, lors des séances de la deuxième commission d'experts, l'application d'une peine ordinaire à l'adolescent qui paraît dangereux ou qui a commis un crime très grave. Après bien des discussions, la solution adoptée

conditionna tout de même l'application de la sanction à l'état personnel du mineur: l'adolescent sera placé dans une maison de correction lorsqu'il aura "commis un crime ou un délit très grave dénotant qu'il est particulièrement dangereux" (24). La gravité de l'infraction demeure ainsi, conformément aux idées originaires de Steens, un élément d'appréciation de l'état particulièrement dangereux de l'adolescent.

Quoi qu'il en soit, l'idée de créer un droit pénal spécial pour les mineurs, différent de celui des adultes, a fait son chemin. Conçu comme essentiellement éducatif, ce droit des mineurs demeure un droit pénal pour deux raisons. D'abord, son application suppose, de la part du mineur, la commission d'un acte punissable en vertu du Code pénal; ensuite, le jeune délinquant peut être frappé d'une peine. Mais tant les peines que les mesures prévues par le droit pénal des mineurs se différencient obligatoirement de celles qui sont réservées aux adultes en ce sens qu'elles seront adaptées à la personnalité du délinquant. Le juge doit compléter l'information pénale proprement dite par une enquête bio-psycho-sociale sur le mineur et son milieu, afin de prendre en considération son degré de développement moral et intellectuel lors de l'application d'une mesure ou d'une peine.

3. Réforme de 1971

Cette conception, consacrée par le Code pénal de 1937, a été renforcée et complétée par la réforme de 1971. Selon le Conseil fédéral, "par son titre quatrième sur les mineurs, le code a créé un système original qui s'est révélé efficace dans la lutte contre la délinquance juvénile... C'est avec raison que notre code prévoit pour cette catégorie importante de jeunes délinquants des punitions et des peines sui generis (art. 8, 88, 95 et 96). Mais il est juste de

L'avant-projet distingue ensuite nettement mesures de protection et sanctions. Ces dernières ne peuvent être appliquées que si la culpabilité du mineur est démontrée; elles constituent "la réponse éducative ponctuelle à l'infraction commise" (31). Les mesures de protection, en revanche, sont indépendantes du facteur "culpabilité" et servent à "pallier les carences éducatives ou thérapeutiques révélées par l'instruction pénale" (32). Mesures de protection et sanctions peuvent être cumulées, leurs fondements respectifs étant distincts; le monisme (33) inspiré par Stooss est en conséquence abandonné. Finalement, l'illicéité de l'acte de la culpabilité du délinquant sont reconnues comme les conditions générales de la répression pénale. A cet effet, la responsabilité - condition nécessaire de la culpabilité - "doit être définie et mesurée en tenant compte des facteurs d'âge et de la maturité du mineur" (34).

Sur le plan des réalisations concrètes, l'éventail des moyens mis à la disposition du juge est largement simplifié. Les mesures de protection sont divisées en deux groupes: mesures éducatives et mesures thérapeutiques. Les sanctions sont au nombre de trois: réprimande, amende et privation de liberté.

2. Répression pénale

Le changement le plus significatif dans le domaine des sanctions est l'introduction de la privation de liberté pour deux ans au moins et six ans au plus, dans certains cas limitativement énumérés. Il s'agit naturellement des infractions les plus graves, soit celles qui sont passibles, dans le droit pénal ordinaire, de réclusion pour un minimum spécialement déterminé de deux ans ou plus, ainsi que celles qui sont prévues aux art. 122 et 184 CPS lorsque l'auteur agit "avec une absence particulière de scrupules, notamment si le mobile, le but ou la façon d'agir sont hautement ré-

choisie, qui recourt à la peine privative de liberté pour réprimer les mineurs délinquants.

Dans cet avant-projet, le domaine du droit pénal des mineurs est sensiblement limité par la fixation du seuil de la minorité pénale absolue à 12 ans révolus. On tente, par cette mesure, d'adapter le droit des mineurs aux réalités criminologiques et sociologiques, puisque le délinquance enregistrée jusque vers 12 - 13 ans revêt, tant du point de vue de sa nature que de sa fréquence, une importance quasi insignifiante en comparaison du type et du nombre des infractions sanctionnées dans les tranches d'âge supérieures (28). On retrouve ici les idées originelles de Stocss qui, dans son avant-projet de 1893, excluait toute application de la loi pénale aux enfants de moins de 14 ans. Consacré par le législateur allemand depuis 1923, ce principe avait été rejeté en Suisse après que l'on eût décidé de soumettre les mineurs à un droit particulier et à des autorités spécialisées.

Le système de mesures et de sanctions de l'avant-projet est conditionné par certains principes généraux. En premier lieu, ce système abandonne toute classification des auteurs d'infractions fondée sur l'évaluation de l'état d'abandon, du degré de perversité ou des difficultés de comportement présentées par le mineur (29). Une restriction de l'intervention pénale est également prévue à l'égard des mineurs âgés de 12 à 18 ans, afin d'éviter les phénomènes d'étiquetage et de stigmatisation lorsqu'on est en présence de délinquants occasionnels ou d'infractions sans gravité particulière; l'avant-projet consacre ainsi l'institution de la probation pour les "petits délinquants primaires" et le classement de l'affaire lorsque la poursuite pénale n'est pas justifiée (30).

préhensibles (35).

On assiste donc à l'amorce d'un processus orienté vers l'accentuation de l'aspect punitif du droit pénal des mineurs: l'individualisation de la peine est axée essentiellement sur la gravité de l'infraction. S'agit-il d'une revalorisation de la prévention générale, en vue de protéger les intérêts vitaux de l'individu et de la collectivité? Même si ces changements sont en principe assouplis par d'autres dispositions de l'avant-projet, notamment l'art. 22 qui prévoit la possibilité pour l'autorité de jugement de renoncer à une sanction lorsque la punition paraît inappropriée ou que l'auteur a manifesté un repentir sincère, on peut se demander si une repénalisation, même relative, du droit des mineurs est judicieuse.

L'accentuation de la répression pénale envers les mineurs ne se manifeste certes pas par l'abandon des principes éducatifs et de protection du droit en vigueur. Les mesures de protection, considérées comme efficaces, sont conservées. L'avant-projet situe plutôt le problème sur le plan de la différenciation entre peine privative de liberté et mesure de protection qui comporte elle-même une privation de liberté

La manière assez souple dont le Code actuel règle en général ces rapports présente, selon l'exposé des motifs de l'avant-projet, l'inconvénient de permettre une privation de liberté prolongée à titre de mesure de protection, sans que les garanties nécessaires du droit soient suffisamment préservées. Pour éviter une telle entorse à la justice, il serait nécessaire de revenir au cadre du droit pénal ordinaire, en séparant de façon aussi précise que possible mesures et peines; ce qui suppose une distinction tout aussi claire entre mineurs en danger et mineurs délinquants.

Il n'en demeure pas moins que le retour à une répression pénale accentuée trouve d'autres arguments dans l'avant-projet. D'après le rapport explicatif, il est nécessaire de disposer d'un instrument de prévention permettant de sanctionner les infractions "qui font peser les menaces les plus lourdes sur la collectivité et dont on trouve une énumération à l'art. 160 bis CPS" (36). Cet argument n'est pas étranger à la perspective d'une croissance - réelle ou potentielle - de la délinquance juvénile. En effet, la jeunesse actuelle est perçue comme plus indisciplinée, plus déviante et plus délinquante que jamais (37). Même si une augmentation quantitative de la délinquance chez les jeunes ne peut être admise sans autre, eu égard au manque de données fiables pour procéder à une évaluation, certains mineurs commettant des infractions graves, ou tout au moins participant à leur réalisation, les peines privatives de liberté constituent, d'après l'avant-projet, une "réponse adaptée" à ce genre de cas, qui demeurent isolés. Et l'absence d'une telle réponse "pourrait (...) conduire tôt ou tard à un rejet de l'ensemble des structures du droit pénal des mineurs" (38).

Les arguments avancés en faveur d'une repénalisation partielle du droit des mineurs peuvent être discutés. À la base de cette discussion, on devrait retrouver la question relative aux limites dans lesquelles le droit pénal doit s'inscrire pour lutter contre la délinquance. On peut résumer cette question par l'alternative suivante: politique criminelle orientée vers la répression ou politique criminelle "prophylactique"?

Mais est-il judicieux d'opposer répression et "prophylaxie pénale"? Les études psychologiques, en particulier sur la théorie de l'apprentissage, ainsi que les recherches sociologiques sur les procédés sanctionneurs destinés à orienter le comportement des individus, permettent de conclure à la complémentarité entre répression au sens large et

mesures "prophylactiques", chacun de ces deux aspects du droit pénal demeurant indispensable pour le maintien de notre ordre social (19).

On retrouve d'ailleurs cette conception aussi bien dans le Code actuellement en vigueur que dans l'avant-projet. Le problème ne se situe donc pas sur le plan d'un choix entre peine ou mesure de protection; il s'agit plutôt de doser le recours à la peine par rapport aux mesures protectrices.

On peut alors se demander s'il est nécessaire de mettre l'accent sur la répression à l'égard des mineurs responsables d'infractions graves. Faut-il accepter, même pour un groupe restreint de mineurs, une exception aux principes généralement admis: priorité au traitement et à l'éducation des jeunes délinquants et adaptation indispensable des peines à leur personnalité? Peine et droit pénal sont généralement considérés comme le dernier rempart destiné à protéger les biens juridiques fondamentaux. L'utilisation d'un moyen aussi absolu ne devrait se faire qu'en dernier recours, car elle entraîne nécessairement la privation ou la restriction de certains de ces mêmes biens juridiques. La privation de liberté est naturellement l'une des peines les plus critiquées, en raison de ses effets nuisibles sur la personne du détenu, ainsi que sur ses rapports familiaux et sociaux. De tels effets sont manifestes, si bien que, dès l'apparition de ce type de peines, certains ont prôné leur élimination de l'arsenal punitif. Un moyen un peu moins radical a également été proposé pour atténuer les effets indésirés de la peine privative de liberté: son exécution doit être aménagée de manière à influencer positivement la formation personnelle, technique ou professionnelle des condamnés. Cette dernière solution, consacrée par le droit helvétique, tend à rapprocher les peines privatives de liberté des mesures de sûreté dont l'exécution suppose également une privation de liberté.

3. Séparation stricte des peines et mesures

Une séparation nette entre ces deux formes de sanction est-elle possible? Elles impliquent en effet toutes deux une privation de liberté, et cela en vue d'atteindre le même but de prévention spéciale, soit la formation et le traitement éducatif de la personne sanctionnée. L'art. 28 ch. 2 de l'avant-projet exige que les établissements réservés à l'exécution des privations de liberté de longue durée soient dotés d'une infrastructure "suffisante pour promouvoir le développement de la personnalité et permettre au mineur d'acquérir tout ou partie d'une formation professionnelle"; l'art. 37 ch. 1 CPS va un peu dans le même sens en prévoyant que "la réclusion et l'emprisonnement seront exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre".

Pour l'avant-projet, la différence entre peines et mesures suppose une privation de liberté réside essentiellement dans le fait que l'application d'une mesure est fondée uniquement sur l'état personnel du mineur, alors qu'une peine ne peut être infligée que si ce mineur est reconnu coupable. D'où la possibilité, contrairement à ce qui se passe dans le droit pénal des adultes, d'un cumul entre peines et mesures; ce cumul est généralement fort mal perçu par la personne concernée, qui n'est pas toujours apte à faire la distinction et ressent ainsi cet état de choses comme une double punition. De là à ce que le condamné refuse de s'engager volontairement dans le processus de traitement, il n'y a qu'un pas. Or, le prévenu doit être favorablement disposé envers un tel traitement pour que la sanction ait quelques chances d'atteindre son but. Prenons pour exemple le cumul entre privation de liberté et placement dans un

centre thérapeutique. Si, d'après l'avant-projet, ce cumul est difficilement concevable (quoique pas totalement exclu) lors d'une privation de liberté de durée prolongée (art. 19 ch. 3) (40), une norme particulière a dû être prévue pour régler le problème lors d'une privation de liberté de courte durée (art. 19 ch. 1); en effet, comme celle-ci est suspendue durant le placement en centre thérapeutique, "au terme du placement, l'autorité de jugement décidera si et dans quelle mesure la sanction doit être mise à exécution" (art. 31 ch. 1 litt. b).

Lorsqu'on essaie de faire une distinction stricte entre mesures protectrices et peines, on découvre, en dehors du problème du cumul, une difficulté supplémentaire. En effet, une pareille distinction implique l'application de certaines notions du droit pénal commun au droit pénal des mineurs: la peine exige pour son application la culpabilité du délinquant, qui elle-même présuppose l'existence d'une responsabilité.

4. Responsabilité et culpabilité

L'art. 3 de l'avant-projet admet en principe l'application des dispositions générales du CPB aux mineurs; toutefois, selon le chiffre 2 de ce même article, "dans l'application de ces dispositions, compte est au besoin tenu de l'âge et du degré de maturité du mineur, ainsi que de l'esprit et des buts de la présente loi". Les conditions relatives aux sanctions sont naturellement au centre du problème. La solution de l'avant-projet s'inspire en partie de la jurisprudence: d'après les juges fédéraux, "les dispositions générales du CP ne sont pas généralement applicables à un adolescent: elles ne le sont que dans la mesure compatible avec l'esprit et le but du droit pénal" (41). Mais on peut également citer comme source le droit pénal des mineurs allemand (42); selon l'art. 3 de leur *Jugendgerichtsgesetz*

(du 4.1.1953), un mineur doit être considéré comme pénalement responsable lorsqu'au moment de la commission de l'acte son degré de maturité, d'après son développement intellectuel et moral, est suffisant pour qu'il puisse apprécier l'illicéité de l'acte et agir conformément à cette appréciation.

L'avant-projet ne pouvait reprendre sans autre cette définition, puisqu'il refuse d'abandonner la présomption de responsabilité des adultes actuellement consacrée dans le Code pénal, abandon qui "ne manquerait pas d'entraîner une "psychiatisation" non justifiée de nombreux cas de délinquance juvénile" (43).

Ainsi, la présomption de responsabilité vaut aussi bien envers les mineurs qu'envers les adultes. Cette présomption confère au juge un très large pouvoir d'appréciation de manière qu'il puisse, pour les infractions courantes, établir un état d'irresponsabilité ou de responsabilité restreints sans être contraint de soumettre le mineur à une expertise psychiatrique (44). L'adoption d'un tel critère est-elle conforme à une certaine sécurité juridique? En donnant au juge un pouvoir très large sur un aspect aussi décisif, il est à craindre que, lors de l'application de la nouvelle loi, l'on accentue l'aspect répressif au détriment de l'aspect éducatif et préventif. En pratique comme en théorie, la présomption de responsabilité pour les mineurs paraît difficile à accepter. On peut aisément l'admettre chez les adultes, qui sont censés avoir atteint un degré de maturité intellectuelle et morale suffisant pour que leur comportement soit le résultat d'une certaine autodétermination (45). En effet, selon l'art. 10 CPS, la responsabilité chez les adultes suppose la réunion de deux facultés: la faculté de compréhension (d'appréciation du caractère illicite de l'acte) et la capacité de se déterminer d'après cette appréciation. Elle est présumée et

cette présomption ne peut être renversée que dans des circonstances exceptionnelles (maladie mentale, faiblesse d'esprit, grave altération de la conscience).

Mais qu'en est-il chez les mineurs? Cette double capacité d'appréciation et d'autodétermination est conditionnée par un développement intellectuel et moral non encore achevé. La responsabilité du mineur, identique à celle des adultes dans ses fondements, doit être appréciée en fonction de l'âge et du degré de maturité (art. 3 ch. 2 de l'avant-projet). Pour infliger une peine privative de liberté à un mineur, il faut alors constater qu'il est aussi responsable qu'un adulte. Mais la présomption de responsabilité des mineurs rend cette constatation caduque.

Certes, le rapport explicatif précise qu'"il va toutefois sans dire que la présomption de responsabilité ne peut pas s'appliquer au mineur qui a agi alors qu'il n'avait manifestement pas la conscience et la volonté que l'on est en droit d'attendre d'un enfant de son âge" (46). Mais, en dehors du fait que l'on se trouve en présence d'une fâcheuse confusion théorique (conscience et volonté sont considérées dans l'avant-projet comme des éléments de la culpabilité), ce critère implique le recours à la fiction du "mineur moyen" en tant que modèle comparatif; ainsi, on s'éloigne de la personnalité concrète du mineur concerné.

La culpabilité est conçue dans une perspective dogmatique identique; pour l'application d'une peine, il ne suffit pas que le mineur soit responsable, il faut encore que sa culpabilité soit constatée. D'après le rapport explicatif (47), "la distinction faite par le droit pénal ordinaire entre l'intention et la négligence vaut tout autant pour le délinquant mineur que le délinquant majeur. Il en va de même de l'erreur sur les faits et de l'erreur de droit. Mais là

encore, les facteurs de l'âge et de la maturité constituent des éléments d'appréciation revêtant une importance non négligeable".

Or, si les pénalistes ont réaffirmé le principe de la culpabilité dans la mesure où la peine subsiste, ils ont également contesté les fondements, voire l'utilité de cette notion. Admettant l'impossibilité de démontrer la liberté du délinquant au moment de la réalisation de l'infraction, ils ont proposé plusieurs solutions.

L'une de ces solutions consiste à substituer au critère de la "possibilité concrète et individuelle d'agir autrement" un modèle normatif général fondé sur "la possibilité pour une personne abstraite moyenne d'agir autrement". Il suffirait alors de mesurer les actes du délinquant à l'aune du comportement que l'on peut prêter, en de semblables circonstances, à une personne moyenne (48). On a également proposé de renouveler le contenu de la culpabilité en s'inspirant des critères de politique criminelle qui orientent le droit pénal, et plus particulièrement la peine. Le facteur décisif ne serait ainsi plus la possibilité pour l'auteur d'agir autrement, mais la volonté du législateur de rendre quelqu'un responsable de son comportement d'un point de vue juridico-pénal: "le fait de savoir si la peine est nécessaire serait alors une question à élucider en accord avec les buts du droit pénal" (49). La notion de culpabilité a également été revue en tenant compte des buts préventifs du droit pénal: "Au droit pénal rétributif qui, s'aidant du reproche de culpabilité, fait porter à l'auteur l'entière responsabilité de l'infraction et qui abandonne ensuite ce dernier à son propre sort, il faudrait substituer une forme de réaction pénale qui sache tirer les justes conséquences de la coresponsabilité de la société et qui manifeste une certaine solidarité humaine à l'auteur de l'acte" (50).

L'ensemble des structures et les catégories fondamentales du droit pénal des adultes semblent s'orienter vers une politique criminelle différente; est-il alors opportun que la politique criminelle en matière de droit pénal des mineurs aille dans un sens opposé, et conduise à une revalorisation de la répression? Les défaillances de l'approche préventive et éducative ne devraient pas nécessairement aboutir à une renouveau du droit des mineurs. Ne serait-il pas plus juste de maintenir les jeunes délinquants, même lorsqu'ils sont responsables d'infractions graves, en dehors d'un système dont les défauts sont régulièrement soulevés? Il devrait être possible, à notre avis, de recourir à une certaine créativité en réfléchissant à de nouveaux modèles de réaction sociale.

3. En guise de conclusion

Pour terminer, deux brèves remarques. La première est d'ordre pratique: l'expérience démontre les difficultés parfois insurmontables qui se présentent lorsqu'on veut mettre sur pied les établissements spécialisés très généreusement prévus par la loi. La peine privative de liberté risque donc souvent de ne pas être exécutée dans les conditions "idéales" prévues, jusqu'à devenir purement répressive. La deuxième se situe plutôt sur le plan d'une déclaration de foi. Certes, si l'on veut une politique criminelle simple et efficace, la répression semble être l'outil adéquat. Mais l'idée selon laquelle "une menace plus explicite de peines retiendra d'une façon significative des jeunes de commettre des délits" (51) ne trouve guère pour la défendre d'arguments d'ordre pragmatique. Et, à notre avis, la privation de liberté ne constitue pas une solution équitable pour les jeunes. Schüler-Springorum (52) dit à cet égard: "La liberté physique est aussi essentielle pour les jeunes que l'évocation de souvenirs heureux pour les personnes âgées. Les adultes peuvent supporter des années de réclusion

parce qu'ils savent ce que représente une année. Pour les jeunes au contraire, l'emprisonnement peut prendre la dimension de l'éternité. En outre, si les relations personnelles et les différentes formes d'interaction sociale constituent véritablement l'élément crucial de la croissance et du développement, les jeunes en jouiront plus en un seul jour de liberté que pendant de nombreux mois passés derrière les barreaux."

- (11) HEINZ ZIPP, *Kriminalpolitik*, Heidelberg 1980; CLAUD ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Aufl., Berlin-New York 1973; MARC ANCEL, *Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle*, in *Archives de Politique Criminelle*, No 1, Paris 1974, p. 16 ss.; PETER KAENEL, *Die kriminalpolitische Konzeption von Carl Stooss im Rahmen der geschichtlichen Entwicklung von Kriminalpolitik und Strafrechtstheorien*, Thèse Bern 1981; MICHELE RUSCA, *La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss*, Thèse Fribourg 1981.
- (12) CARL STOOSS, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, 2ème édition, Wien 1913.
- (13) CARL STOOSS, *Strafe und sichernde Massnahmen*, in *Revue Pénale Suisse (RPS)*, 1905, p. 3; HANS SCHULTZ, *Probleme der Strafrechtsreform in der Schweiz*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1955, p. 36, n. 3.
- (14) CARL STOOSS, *Verbrechen und Strafe, kriminalpolitisch untersucht*, in *RPS*, 1901, p. 390.
- (15) CARL STOOSS, *RPS* 1905, *op. cit.*, p. 5.
- (16) Voir critique de E. HAPTER: *Strafe und sichernde Massnahme im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch*, *RPS* 1904, p. 211.
- (17) Cf. G. GERMANN, *Zu den Massnahmen des Strafgesetzbuches*, in *RPS* 1943, p. 37.
- (18) RUSCA, *op. cit.*, p. 52.
- (19) CARL STOOSS, *Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Basel-Genf 1893, p. 17.
- (20) *Ibidem*, p. 17. Art. 6 de l'Avant-projet 1893. Le texte allemand de l'al. 3 de cette disposition dit: "Andernfalls kann das fehlbare Kind durch die Schulkommission mit Schularrest oder mit Verweis bestraft werden".
- (21) E. ZUERCHER, *Exposé des Motifs de l'Avant-projet d'avril 1908*, Bern 1914, p. 30.
- (22) Voir Procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Avril 1912, p. 488.
- (23) Voir RUSCA, *op. cit.*, p. 118-119.
- (24) Art. 95 du Code pénal suisse, *Bulletin sténographique du Conseil national*, p. 240.

Notes

- (1) SIMON DINITZ, Comment empêcher la criminalité et la délinquance juvéniles, in *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 35 (1982), n.2, p. 119 et., affirme que "le vocable "délinquance" n'a pas de sens normalisé, voire communément accepté", p. 121.
- (2) HORST SCHUELER-SPRINGORUM, Rapport général de l'Association internationale de Droit Pénal, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Jeunesse, Crime et Justice, Documents du Sixième Colloque préparatoire du Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Bellagio, Italie, 25-29 avril 1984, p. 44.
- (3) REYNALD OTTENHOP, Délinquance juvénile et criminalité organisée, in *Mélanges Pierre Bouzat*, Editions Pešone, Paris 1980, p. 338.
- (4) GUENTHER KAISER, *Jugendrecht und Jugendkriminalität*, Weinheim 1973, p. 115.
- (5) WULSMAN L.E.C., Planification et politique criminelle, aspects généraux, in *La planification des mesures de lutte contre la délinquance*, Marc Ancel et V.M. Kou-driavtsev (ed.), Paris 1984.
- (6) MANUEL LOPEZ-REY, *Criminologia. Teoria, delincuencia juvenil, prevención, predicción y tratamiento*, Madrid 1975, p. 216.
- (7) GUENTHER KAISER, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1985; L. PONGRAZ, M. SCHAEFER, D.T. WEISE, P. JUERGENSEN.: *Kinderdelinquenz*, München 1975.
- (8) LOPEZ-REY, op. cit., p. 227.
- (9) F. EACK, Definition von Kriminalität als politisches Handeln: Der labeling approach, in *Kriminologisches Journal*, 1972, 3; WOLFGANG KECHHEISEN, Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens. Perspektiven und Grenzen des labeling approach, München 1974.
- (10) MANFRED MAIWALD, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in *Festschrift für R. Maurach*, 1972, p. 9-10, R.P. CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1974, p. 129-130.

- [25] Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal, du 1er mars 1965, FF 1965 II 592.
- [26] Ibidem, p. 600.
- [27] MARTIN STETTLER, Avant-projet de la loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs et rapport explicatif, Mars 1986, p. 19; du même auteur, Une révision totale du droit pénal des mineurs: options générales et particulières, RPS 1986, p. 129 ss.
- [28] Ibidem, p. 37, 42 ss.
- [29] Ibidem, p. 39.
- [30] Ibidem, p. 38.
- [31] Ibidem, p. 39.
- [32] Ibidem, p. 39.
- [33] RUSCA, op. cit., p. 52 ss; KAENEL, op. cit., p. 120 ss.
- [34] STETTLER, Avant-projet, op. cit., p. 37, 38.
- [35] Art. 19 ch. 3 in fine; STETTLER, Avant-projet, op. cit., p. 7.
- [36] STETTLER, Avant-projet, op. cit., p. 91, 38.
- [37] LOOE WALGRAVE, La repénalisation de la délinquance juvénile: une fuite en avant, in Revue de droit pénal et de criminologie, 1965, p. 607.
- [38] STETTLER, Avant-projet, op. cit., p. 118; RPS 1986, op. cit., p. 144.
- [39] HILDE KAUFMANN, Die Kriminalität Jugendlicher und wir. Repression oder Vorbeugung durch Erziehung, Goffingen 1974, p. 466.
- [40] STETTLER, Avant-projet, op. cit., p. 169.
- [41] ATF 94 IV 57/JdT 1968 IV 111.
- [42] ALEXANDER BOEHM, Einführung in das Jugendstrafrecht, 2. Auflage, München 1965; ULRICH EISENBERG, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, Köln, Berlin, Bonn, München 1986.
- [43] STETTLER, RPS 1986, op. cit., p. 136.
- [44] STETTLER, Avant-projet, op. cit., p. 53.

- (45) MARC ANCEL, *op. cit.*, p. 249; Responsabilité et défense sociale, in *Revue de Science criminelle et droit pénal comparé*, 1959, p. 181; PETER VAN INWAGEN, Die Unvereinbarkeit von freiem Willen und Determinismus, in ULRICH FOTHAST (Ed.) *Freies Handeln und Determinismus*, Frankfurt am Main 1978, p. 115.
- (46) STETTLER, *Avant-projet. op. cit.*, p. 53.
- (47) *Ibidem*, p. 54, 55.
- (48) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3. Auflage, Berlin 1978, p. 330.
- (49) CLAUD ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als Strafrechtliche Systemkategorien, in *Festschrift für H. Henkel*, 1974, p. 181, 184.
- (50) GUENTHER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg/Karlsruhe 1977, p. 41.
- (51) WALGRAVE, *op. cit.*, p. 610.
- (52) H. SCHUELER-SPRINGORUM, *op. cit.*, p. 55.

Prof. Dr. José BURTADO POZO
Route Joseph-Chaley 37

1700 Fribourg