

L'avocat de l'enfant: Entre le mythe et la réalité.

Réflexions sur une éthique d'intervention de l'avocat de l'enfant.

Par Amaury de Terwangne, avocat au barreau de Bruxelles.
Février 2012

(1) Introduction:

« En tant qu'avocat de l'enfant, nous n'existons que par la reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droits. »

Tant que l'infans est considéré comme un objet de droits, celui-ci mérite la protection de la société mais n'a nul besoin de notre assistance à ses côtés. Imagine-t-on un avocat se présentant comme l'avocat de tel chien ou tel chat ?

Parler du rôle de l'avocat de l'enfant revient donc à parler d'abord de l'émergence du petit d'homme en tant que sujet de droits. Des droits qui lui sont propres ou qui sont communs à tout homme pour autant qu'il puisse les faire valoir par et pour lui-même.

Cette évolution fut amorcée au XXème siècle.

Mais elle demeure fragile et en question tant et si bien que le statut de l'avocat de l'enfant demeure lui aussi au centre d'un certains nombres de débats.

Lors de colloques relatifs aux droits de l'enfant souvent la question du rôle de l'avocat de l'enfant fait l'objet d'interventions assez vives.

Selon les circonstances, l'avocat de l'enfant devrait être :

- le représentant de l'Intérêt du jeune. Cet Intérêt avec un grand i qui transcende toute autre considération et devrait guider les adultes,
- le confident des états d'âmes de l'enfant,
- le super défenseur de celui qui sera considéré tantôt comme le plus faible si il est mis en danger, tantôt comme le plus dangereux si c'est lui qui met la société en danger,
- le tuteur omniscient chargé d'agir au nom de l'enfant sans avoir trop d'égard pour sa parole,
- son conseiller juridique, défenseur des droits qui lui sont reconnus
- le porte-parole de l'infans (étymologiquement : le sans voix.), capable de par sa formation et ses qualités de saisir l'exacte portée de cette parole et d'en assurer une retransmission juste et fine,



- et hélas encore trop souvent, un simple gadget servant de faire valoir à une rhétorique formelle des droits de l'enfant. Dans cette hypothèse, il lui sera demandé, lorsqu'il sera convié, de ne pas venir troubler les choix posés par les autres intervenants.

La conception du rôle de l'avocat de l'enfant est assurément à géométrie variable dans l'imaginaire collectif.

En 2001, en Belgique, le législateur a voulu légiférer sur le contenu du mandat de l'avocat de l'enfant.

Il s'agissait d'une première car jamais la définition du rôle d'une catégorie d'avocat n'avait fait l'objet d'une proposition de loi.

Les débats devant la commission justice du sénat illustre à suffisance cette confusion¹.

Dans les travaux préparatoires accompagnant ce texte, le profil idéal du futur avocat du jeune est décrit en des termes extrêmement positifs mais, sans doute, fort éloignés de la réalité.

- L'avocat de l'enfant devrait avoir des qualités d'écoute spécifiques liées à une formation spécifique en psychologie et en sociologie.
- Médiateur familial, il interviendrait utilement entre les parents en crise.
- Selon le législateur, il devrait avoir un effet pacificateur dans les procédures.
- Il serait capable d'obtenir rapidement la confiance du jeune et deviendrait son confident attitré.
- Enfin, cet avocat serait le porte-parole du jeune, mais pourrait se glisser dans une fonction de tuteur chaque fois que les circonstances prescriraient cette mission.

Autre ombre au tableau, les attentes de ceux qui interpellent l'avocat du mineur varient souvent en fonction de leurs attentes.

Ainsi, il n'est pas rare que le parent qui " choisit " un avocat pour son enfant lors d'une procédure en divorce, attende en réalité de ce « second avocat » un point de vue identique au sien. Si tel ne devait pas être le cas, ce parent s'en étonnera ou cherchera un autre avocat plus amène de défendre l'intérêt bien compris de son enfant.

De même, il arrive encore à certains magistrats d'interpeller un avocat en cours de plaidoirie lorsqu'il se fait le porte-parole d'une position peu crédible tenue par son jeune client. (Il faut reconnaître que c'est de moins en moins le cas).

Les rôles attribués à l'avocat du mineur par les personnes qui interviendront dans le parcours du jeune sont ainsi très différentes et de nature à créer le doute.

Les nombreux articles écrits sur cette question en sont le témoignage².

¹ Proposition de loi instituant les avocats des jeunes, Doc. Parl., Sénat, SO 2000-2001, n°2 256/1 à7

² Voyez notamment : **P. Henry, A. Delvaux, Ph Jamart**, « Vade Mecum de l'avocat intervenant près du tribunal de la jeunesse », Ed. jeune barreau de Liège, 1987, **J.M. Frédérick**, « La défense des mineurs à Vervier », J.D.J. n°8, octobre 1989, p. 13, **G Hamacher**, « Quelques réflexions sur le mandat de l'avocat du mineur devant le tribunal de la jeunesse », dans 10 ans devant soi, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1989, p. 29 et ss, **Ph. Vansteenkiste**, « Het recht op rechtsbijstand voor de jongere en een proeve tot model voor de organisatie van een haalbare permanentie », Panopticon, 1995, p.398, **Th. Moreau**, « le rôle de l'avocat du mineur, les textes et la pratique », dans 20 ans après, histoire de notre temps- actes du colloques Jacques Henry, Ed. du jeune barreau de Liège, 1999, p. 37 et ss, **R. De Baerdemaeker**, « Le mandat de l'avocat des jeunes », ds idem, p. 19 et ss, **Th. Moreau**, « L'autonomie du mineur en justice », dans l'autonomie du mineur, FUSL, 1998, p.207 et ss, **Amaury de Terwangne**, « Aide et protection de la jeunesse, texte, commentaires et jurisprudence », Ed. Jeunesse et Droit, 2001, p. 289 et ss, **C Delbrouck**, « Cadre légal de l'intervention de l'avocat du mineur », ds formation droit des jeunes éd. 2007, Ed. Jeunesse et Droit, p. 475 et ss, **Y Hannecart**, « Le mandat de l'avocat et l'exercice de la défense devant les juridictions de la jeunesse », dans 10 ans devant soi, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1989, p. 11 et ss, **A. de Terwangne**, « Avocat du mineur : libre choix et contradiction d'intérêts », J.D.J. n° 190, avril 2000, p.5,

Il est donc intéressant de constater que le parcours de l'avocat de l'enfant a suivi celui de son jeune client lors de ces dernières décennies. Il s'inscrit dans un logique émancipatoire des balises que l'on voulait lui assigner.

Dans le secteur des droits de l'enfant, l'avocat du mineur devient de plus en plus un professionnel aguerrri et autonome, ce dont on ne peut que se réjouir.

La présente contribution n'entend pas aborder toutes les questions relatives au rôle de l'avocat de l'enfant. Elle se veut avant tout une piste de réflexion sur cette fonction à la fois passionnante, difficile et parfois ingrate.

(2) Emergence des droits de l'enfant :

Le statut de l'avocat de l'enfant est lié à l'émergence de droits particuliers reconnus au mineur.

Ces droits prennent leur essor à la fin du XIXème siècle et donneront naissance dès le début du XXème siècle à des lois dites de protection de la jeunesse dans différents pays. Ces lois recouvrent deux préoccupations essentielles :

- La *réaction sociale* face à la délinquance juvénile
- Le *contrôle de l'exercice de la puissance paternelle*, actuellement appelée autorité parentale.

Au cours des siècles, ces deux domaines vont connaître une extension considérable.

- L'action judiciaire, visant dans un premier temps le jeune « délinquant », va s'étendre au jeune en danger, créant une confusion en ces deux catégories de mineurs « à protéger ».

- La « puissance paternelle » ne sera plus considérée comme un droit du père mais comme un devoir des parents. D'absolue, elle deviendra relative et sera guidée par un seul objectif : l'intérêt de l'enfant.

L'intervention de l'Etat se fera de plus en plus grande tant au niveau de la sanction de la mauvaise gestion de l'autorité parentale (déchéance) que de l'aide à apporter pour la bonne réalisation de celle-ci. Ce contrôle de l'autorité parentale va englober le soutien aux familles et pour se prolonger dans une approche plus «sociétale» de la situation du mineur.

Ces extensions auront un double effet :

- D'une part, entraîner une *multiplication des intervenants sociaux et judiciaires* qui vont

A. de Terwangne, « La pertinence du rôle de conseil de l'enfant ? Réflexions à partir d'une expérience professionnelle », dans l'enfant au cœur de la séparation. Entre enfant mythifié et enfant objet, acte du colloque organisé par l'Ecole des Parents et Educateurs de Belgique, 11/12/1998, **Th. Moreau**, Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale », dans la place de la parole de l'enfant, entre vérité et responsabilité, Académia Bruylandt,p.25, **P. Jadoul, J. sambon, B. Van Keirsbilck**, « L'autonomie du mineur », 1998, Ed . F.U.S.L. Bruxelles.

intervenir autour de l'enfant et de sa famille.

- D'autre part, créer un *enchevêtrement de normes et de compétences* rendant la matière de l'aide et de la protection de la jeunesse éminemment complexe.

Le concept de « puissance paternelle absolue » caractérise les rapports père - enfant dans la société romaine. Ainsi, le père de famille détenait le droit de vie et de mort sur toute sa descendance. Pubère ou non, marié ou non, un enfant restait sous l'autorité de ce dernier et ne devenait romain à part entière, "père de famille" à son tour, qu'à la mort de celui-ci.



Dans la société médiévale, et jusqu'à la révolution française, le père, ou à défaut la mère, gardera un droit de correction sur ses enfants. (Ce droit pouvant aller jusqu'à l'envoi de l'enfant aux galères pour plusieurs années.)

L'entière responsabilité de l'enfant continue à appartenir à sa famille.

Avec le code civil français de 1804 et le code pénal de 1810, une première ingérence de l'Etat dans la gestion de la famille apparaît.

Dans le souci de maintenir l'ordre familial, l'Etat prêter assistance au père en certaines occasions. *Le mineur devient l'objet de "mesures"*. Selon les cas, on lui appliquera une *peine*, une *collocation*, ou une *remise pure et simple* aux parents.

Différentes hypothèses sont visées : L'inconduite, le délit, le vagabondage.

En cas d'inconduite, le père avait un droit de correction sur son enfant.

Au delà du châtement corporel, d'autres « mesures de correction » pouvaient être infligées au mineur récalcitrant en tenant compte de son âge :

- Si l'enfant était *âgé de moins de 16 ans*, le père avait le droit de le faire détenir par voie d'autorité. Le président du tribunal devait délivrer l'ordre d'arrestation et la détention ne pouvait excéder un mois.

- Si l'enfant était *âgé de plus de 16 ans*, le père pouvait seulement requérir la détention de son enfant. Le président du tribunal délivrait ou refusait l'ordre d'arrestation. La détention ne pouvait excéder six mois. Le délai étant laissé à l'appréciation du magistrat, le père gardant le droit d'abrèger la durée de la détention.

En cas d'infraction pénale, l'âge de l'enfant à de nouveau une fonction déterminante.

Pour le code pénal de 1810, la *majorité pénale* se situe à l'âge de *16 ans* ce qui signifie que le mineur âgé de plus de 16 ans est passible des mêmes peines que l'adulte. Il sera défendu comme un adulte, sans qu'il soit prévu l'obligation pour l'enfant d'être assisté par un avocat.

Le législateur introduira la notion de discernement pour le mineur de moins de 16 ans. Ainsi, le jeune de moins de 16 ans est passible d'une peine, s'il a agi avec discernement. Dans ce cas, l'âge peut jouer pour atténuer la peine. Si, par contre, il a agi sans *discernement*, il n'est passible d'aucune sanction et tombe dans la catégorie des mineurs de mauvaise conduite.

Le *code pénal belge de 1867* va reprendre les grandes lignes du code Napoléon, en précisant toutefois que les mineurs ne pourront plus seulement être placés dans des *maisons de*

correction, mais également dans des *établissements de réforme et de charité*. De plus, ces placements pourront se prolonger jusqu'à 21 ans accomplis. Le code exclut la peine de mort à l'égard d'un criminel âgé de moins de 18 ans.

Dans le code civil, l'enfant est perçu avant tout comme un être à protéger. Son père au départ, puis ses deux parents avec le passage de la puissance paternelle au concept d'autorité parentale conjointe ont pour mission de le représenter dans tous les actes juridiques puisque le mineur n'a aucune capacité personnelle sur ce plan. Il ne semble donc pas utile de réfléchir à un statut particulier d'avocat pour cette catégorie de personne.

Le mouvement d'égalitarisme qui va traverser nos sociétés au XX^{ème} siècle étendra son influence anti discriminatoire aux enfants.

Le petit d'homme se voit ainsi affubler de plus en plus du statut de sujet de droit.

Il est amené à pouvoir se prononcer sur les affaires qui le concernent directement et parfois à devoir marquer son accord sur les mesures que les adultes prennent à son encontre.

La *convention internationale des droits de l'enfant* du 20 novembre 1989 illustre parfaitement ce mouvement ainsi que le paradoxe qui le caractérise.

Elle articule les droits de l'enfant autour de deux axes qui tantôt se soutiendront, tantôt s'affronteront.

D'une part, les droits de l'enfant à vocation protectionnelle, et d'autre part, les droits de l'enfant à vocation d'autonomie.

Les premiers correspondent à l'acception la plus ancienne des droits de l'enfant.

Parce qu'il n'est encore qu'un enfant, il est nécessaire de lui conférer des droits spécifiques, c'est-à-dire des droits qui entendent traduire des besoins inhérents à l'état d'enfance, à sa fragilité, à l'attention et aux soins particuliers que sa croissance et son bien-être commandent.

On parlera de « **prestations** » dues à l'enfant : le droit d'être instruit, d'être protégé contre les mauvais traitements, de ne pas être exploité, d'avoir des loisirs, de vivre dans sa famille, d'avoir accès aux soins de santé, voire plus simplement d'obtenir une réponse à ses besoins élémentaires : nourriture, affection,³ ...

Les seconds, droits de l'enfant à vocation d'**autonomie**, partent du postulat que l'enfant doit pouvoir le plus rapidement possible exercer lui-même les droits qui lui sont reconnus. L'intervention de l'adulte dans l'exercice des droits du mineur deviendrait contraire à l'objectif émancipatoire contenu dans ces droits. L'enfant se voit donc reconnaître le droit d'intervenir lui-même dans certaines procédures, de les mettre en route, de faire appel, de se faire entendre du juge, mais aussi d'exercer de manière autonome toute une série de droits sans la tutelle de l'adulte.

Comme pour toute mutation sociale, certains prôneront au nom d'un meilleur maintien de l'ordre social un retour à une protection totale du mineur (irresponsable et incapable d'un point de vue juridique) tandis que d'autres se battront pour une autonomisation plus radicale du mineur, se déchargeant au passage de leur responsabilité d'adulte sur le dos du jeune.

³ Les déclarations des droits de l'enfant du 26 septembre 1924 et du 20 novembre 1959 s'inscrivent dans ce courant.

Il nous semble qu'entre ces deux pôles (protection – autonomie), il doit subsister une tension qui permette au mineur de grandir et d'acquérir petit à petit les prérogatives et responsabilités liés au statut d'adulte tout en respectant les particularités liées à son état d'enfant.⁴

L'enfant doit donc être considéré comme un sujet de droit, mais un sujet qui avance encore à quatre pattes et non sur deux jambes solides. Il a droit à notre protection tout en cheminant vers l'autonomie.

L'enfant n'est donc plus une icône à protéger malgré lui. Il n'est pas non plus un petit Hercule pouvant défier d'égal à égal les « dieux » adultes tant cette égalité le mettrait dans une position inégalitaire.

Tenir compte de la spécificité liée au statut de l'enfant passe aussi par la mise en place d'une assistance juridique adéquate et facilement accessible pour l'enfant lorsque ses droits sont en jeu.

(3) Diversification des lieux d'intervention de l'avocat du mineur:

L'émergence des droits de l'enfant permet d'expliquer que durant ces dernières décennies, le rôle de l'avocat du mineur a pris de l'ampleur et s'est fortement diversifié.

Les lieux d'intervention du conseil du jeune sont désormais multiples : Tribunal de la jeunesse au niveau protectionnel (mineur en danger ou mineur délinquant.) ou civil (audition, parentalité, adoption, émancipation, mariage, ...), service de l'aide à la jeunesse lorsqu'il s'agit d'apporter au jeune une aide spécifique, tribunal de première instance pour tout ce qui touche à la filiation, juge des référés lors des auditions de mineurs, conseil d'état (recours en droit scolaire.), tribunal du travail (ex : recours contre CPAS), justice de paix (pension alimentaire,...), instances administratives (loi football, loi communale sur la répression des incivilités,SNCB,...), juge de la jeunesse dans le cadre de l'application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux...⁵

Cette multiplication des lieux d'intervention de l'avocat au côté du mineur n'est pas sans conséquence sur l'étendue des connaissances qu'il doit posséder pour bien remplir sa mission d'assistance juridique.

De par sa formation, l'avocat du jeune est d'abord et avant tout un technicien du droit. Il doit conseiller le mineur sur un plan juridique et vérifier si les procédures sont respectées et le droit bien appliqué (voir plus loin.)

Cette partie de sa mission est prépondérante et, avec le secret professionnel, lui donne une réelle valeur ajoutée par rapport à l'intervention d'une « personne de confiance » prônée par certaines législations.

Il appartient donc aux barreaux d'offrir de formation spécifiques et actualisées aux avocats qui souhaitent assister des mineurs.

⁴ Sur cette question voyez : **N. Frogneux et I. Roskam**, « L'enfant acteur de son éducation ? », dans la place de la parole de l'enfant, entre vérité et responsabilité, Académia Bruylandt,p.15, **Ph Kinoo**, « Quelle place pour la parole de l'enfant dans la vie familiale et sociale ? Le point de vue du psy, in idem, p. 79

⁵ Sur cette question, nous renvoyons le lecteur à l'article de **Th. Moreau**, « Le rôle de l'avocat du mineur, les textes et la pratique », op cit., p.452 à 460



(4) Intervention particulière de l’avocat dans le cadre de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait.

Avant de poser les jalons de ce qui constitue actuellement à nos yeux l’essence de la mission de l’avocat de l’enfant, il nous semble utile de revenir sur l’évolution de cette intervention dans le cadre de la loi du 8 avril 1965.

Historiquement, cette loi constituait le principal pôle d’assistance des mineurs par un avocat. Son étude permet de comprendre le chemin parcouru en deux décennies.

Comme le souligne Patrick Henry, en 1965, le but du législateur était de faire de l’avocat du mineur plus un conseiller qu’un défenseur devant le tribunal de la jeunesse⁶. Initialement, la loi du 8 avril 1965, dans le prolongement de celle de 1912, se centralise autour de la recherche de *l’intérêt du mineur* et de la mise en place des moyens nécessaires à sa protection et à sa bonne éducation.

Il paraît donc logique que l’ensemble des adultes oeuvrent dans le même sens. Pourquoi la contradiction serait-elle utile puisque tous n’ont qu’un but, l’épanouissement du jeune ? L’avocat devait donc s’écarter de son rôle habituel de contradicteur dans le processus judiciaire. Il n’intervenait d’ailleurs qu’en fin de procédure, lors d’une audience publique. Bien souvent, l’avocat de l’enfant n’avait d’autre choix que celui d’entériner l’action du juge de la jeunesse.

Par ailleurs, la loi de 65 fait entrer les sciences sociales dans la sphère judiciaire. Pour se faire, le juge de la jeunesse est aidé par des auxiliaires sociaux. Il peut aussi se faire éclairer par des avis d’experts pédopsychiatres. De par sa formation, l’avocat n’est pas aguerri à ces connaissances ce qui ne contribuera pas à renforcer son statut auprès du tribunal.

⁶ P. Henry, « les droits de la défense des mineurs devant les juridictions de la jeunesse », op cit. p. 2

À partir de ce schéma, l'idée de défense du mineur est bannie ou réduite à la portion congrue. Point n'est besoin de se soucier des droits de la personne qui est l'*objet* de tant d'attentions. Les « gens qui savent ce qui est bon pour lui » s'occuperont de tout.

Petit à petit, cette approche de la protection de la jeunesse a été remise en question.

Sous le concept de protection du mineur, d'aucuns ont souligné une volonté sous-jacente de protection de la société, volonté peu différente de celle qui prévalait dans la loi de 1912 sur la protection de l'enfance⁷.

Par ailleurs, la portée sanctionnatrice de la loi de 65 (recentrée autour du mineur délinquant depuis la communautarisation de l'aide à la jeunesse.) a pris une place aussi importante que son souci de protection du mineur.

La récente réforme de la loi en mai et juin 2006 s'inscrit clairement dans ce mouvement. Elle a le mérite de lever partiellement l'ambiguïté qui existait quant aux objectifs réels de la loi de 1965.

Le législateur souhaite désormais que le jeune assume une plus grande responsabilité par rapport aux actes délinquants qu'il a posés. La notion d'intérêt du jeune est tempérée par le souci de la victime et de la protection de la société.

Le juge se voit ouvrir un panel de mesures pour répondre aux actes posés par le jeune et peut recourir à la médiation ou à la concertation de groupe comme mode alternatif ou complémentaire de réponse.

Face à cette évolution, différentes initiatives (notamment parmi les avocats des mineurs: permanences d'avocats à Liège et Bruxelles,...) ont voulu recentrer le débat autour d'un jeune considéré comme *sujet droit* et non objet d'une loi à « connotation thérapeutique ».

Le jeune devait devenir un acteur à part entière dans cette procédure et faire valoir ses droits à tous les stades de celle-ci.

Ce combat fut difficile car la place de l'avocat du jeune n'était pas définie dans les textes légaux et car ces derniers étaient perçus comme empêcheurs de tourner en rond par les juges qui se disaient être les premiers avocats des mineurs.

Le législateur a partiellement entériné en 1994 les victoires éparses obtenues par les permanences jeunesse. (Accès au dossier, assistance du mineur lors des audiences de cabinet, révision annuelle des situations de placement,...)⁸

Mais même après cette réforme, il fallut bien souvent que les avocats des mineurs aillent devant la cour d'appel ou la cour de cassation pour faire valoir un droit plein et entier des jeunes à être défendu en justice.

Actuellement, la place de l'avocat du mineur devant le tribunal de la jeunesse semble acquise à tous les stades de la procédure (voir article 52ter de la loi.)

⁷Voyez sur cette question le texte de **M. van de Kerchove**: "Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage.", Rev. Dr. Pén. Crim., 1976-77, p.245 et s.

⁸ **G. Cappelaere**, « Vers un code pénal de la jeunesse », dans P Mary le travail d'intérêt général et médiation pénale, socialisation du pénal ou pénalisation du social ?, Bruylant 1997

Mais cette concession a un prix, le glissement du modèle protectionnel vers un modèle « sanctionnel » voire pénal adapté aux jeunes qui imperceptiblement fait son chemin.

(5) Mandat de l'avocat : Différentes thèses en présence:

Certains auteurs font une différence entre le rôle d'un avocat choisi par le mineur et celui d'un avocat commis d'office⁹.

Il nous semble que si une distinction doit être faite, celle-ci tiendra plus au caractère obligatoire ou non de la présence de l'avocat que au fait qu'il soit choisi ou non par le mineur.

En effet, même dans les hypothèses où le mineur doit être assisté par un conseil, il garde le libre choix de ce dernier¹⁰, ce n'est donc pas ce facteur qui a, selon nous, un rôle déterminant dans l'appréciation du mandat de l'avocat.

Par ailleurs, nous ne voyons pas au nom de quel principe le fait que l'avocat soit choisi ou non par le mineur aurait une influence sur la manière dont il entend assister le mineur.

Restent donc deux hypothèses :

- Soit l'avocat intervient à la demande du mineur dans une procédure où sa présence n'est pas rendue obligatoire par la loi.

- Soit l'avocat, choisi par le mineur ou commis d'office, intervient dans une procédure où son assistance est obligatoire. (Ex : procédure devant le tribunal de la jeunesse pour les mineurs ayant commis un fait qualifié infraction ou en danger, ou procédure de mise en observation d'un mineur,...)

Si, il l'on peut soutenir assez facilement que le rôle de l'avocat dans la première hypothèse envisagée se réduit à un mandat classique : assistance et défense de la parole du jeune sur base d'un mandat clairement confié par le jeune.

La deuxième hypothèse (commission d'office) a donné lieu à de nombreux débats¹¹, l'origine du mandat étant différente. (Il est donné par la loi et non par le jeune.)

Lors de ces débats, trois modèles de référence ont été dégagés¹² :

* L'avocat – tuteur : Dans ce cas, concernant la question dont il est saisi, l'avocat désigné se comporte comme un tuteur. Il représente le jeune et choisit de défendre telle ou telle position au nom de ce qu'il estime être la meilleure solution pour le jeune. C'est encore lui qui conserve

⁹ **Th. Moreau**, « Le rôle de l'avocat du mineur, les textes et la pratique », op cit., p.461, **G.**

Hamacher, «Quelques réflexions sur le mandat de l'avocat du mineur devant le tribunal de la jeunesse », op cit. p. 32

¹⁰ Voyez les articles 508 et ss du code judiciaire.

¹¹ **Vincent Sauvage et Patrick Henry**, « Débat contradictoire, procédure et défense » / **G. Hamacher**, « Quelques réflexions sur le mandat de l'avocat du mineur devant les juridictions de la jeunesse », ds Dix ans devant soi, Ed. Jeune Barreau de Liège, 1989, pp . 29 et s. et **Y Hannequart**, « Le mandat de l'avocat et l'exercice de la défense devant les juridictions de la jeunesse », idem, pp.11 et s. / **Stéphane Ambry**, « L'avocat dans la défense des mineurs », / **Thierry Moreau**, " Le rôle de l'avocat du mineur: les textes et la pratique", J.D.J., février 1999, n°182, p. 11 et s./...

¹² **Fr Tulkens et Th. Moreau**, " Droit de la jeunesse", Larcier, 2000

le droit de faire ou non appel. L'intervention de l'avocat dépasse alors le simple cadre juridique et entre dans la sphère psychosociale.

* L'amicus curiae : A nouveau, l'avocat jouit d'une grande autonomie d'action, mais en plus, il participe activement à l'élaboration de la solution trouvée pour l'enfant. Il se voit confier une fonction d'enquêteur et vient faire rapport du résultat de ses investigations au tribunal.

* L'avocat défenseur : L'avocat a alors un rôle classique. La spécificité de son mandat tient plus aux moyens qu'il mettra en œuvre pour bien le remplir en tenant compte de l'âge du jeune et de sa méconnaissance du droit que dans l'étendue de celui-ci. Garant du respect des droits reconnus à l'enfant, porte parole de ce dernier, il fait connaître le point de vue du jeune et non son point de vue sur la situation du jeune. Si le jeune est incapable d'exprimer son point de vue ou si il ne souhaite pas le faire, l'avocat ne se substitue pas à lui pour exprimer son opinion personnelle, il se contente de vérifier que le juge dispose des moyens suffisants pour se faire une opinion.

Si, sur papier, les différences entre ces modèles semblent simples et le choix entre eux aisé, il en va tout autrement dans la pratique, et de nombreux critères risquent de nuancer la perception que l'avocat aura de sa fonction. De même, une volonté d'adopter une « attitude éducative » vis-à-vis du jeune influencera son action et le portera souvent à vouloir privilégier l'intérêt du jeune avant sa parole.

L'âge du mineur est sans doute le critère qui contribue le plus à brouiller les cartes.

En effet, le jeune âge du mineur, et par conséquent son *incapacité à verbaliser un « intérêt », voire même à le conceptualiser*, rendront caduque l'idée d'une assistance du mineur telle qu'elle est conçue pour un majeur. L'avocat ne peut se dire le porte-parole d'un mineur incapable de s'exprimer.

Ce débat est déjà ancien et avait opposé en son temps Georges Hamacher et le Bâtonnier Hannequart, le premier insistant sur le mandat de défenseur de l'avocat du mineur qui représente avant tout « quelqu'un à qui le mineur puisse dire ce qu'il souhaite vraiment et dont la mission consiste à le défendre en tant que personne et non à le protéger »¹³, le second donnant une totale liberté d'action au conseil du mineur, sorte de tuteur ad hoc du jeune, qui ne répondra à d'autres instructions que celles de sa conscience¹⁴. Comment comprendre autrement selon cet auteur qu'un avocat soit commis d'office pour un enfant si petit qu'il ne peut même pas exprimer une opinion ou que seul l'avocat ait accès à certaines parties du dossier qui doivent rester inconnues du jeune.

Enfin des auteurs plus récents soutiennent une vision plus restrictive du rôle de l'avocat du jeune. Celui-ci devrait s'en tenir à la parole du mineur et non chercher son intérêt¹⁵ malgré lui.

¹³ Dans un avis plus nuancé, Me Hamacher soulignait le côté évolutif du mandat de l'avocat. Plus l'enfant grandit, et moins l'avocat peut se distancer de la position de son client. Il devient son porte-parole, son « interprète » lors des audiences, l'assiste et le conseille. Par contre, lorsqu'il se trouve face à un très jeune enfant (« infans »), le conseil du mineur serait habilité à donner son avis au juge quant à ce qu'il estime être l'intérêt de son client.

¹⁴ **G. Hamacher**, op. cit. pp. 29 et ss. et **Y Hannequart**, op. cit., pp. 11 et ss.

¹⁵ **Th. Moreau**, op. cit. p. 463

Au delà de ces querelles d'école, Stéphane Ambry donne trois raisons au caractère indispensable d'une réelle défense des mineurs :

1) « *Le respect des droits de la défense est une obligation pour toute justice démocratique.* »

Aucune raison ne justifie que des mesures, souvent limitatives de liberté, sortent du champ des principes démocratiques consacrés par différents textes nationaux et internationaux.

« La défense des mineurs est non seulement une question de principe, mais aussi un critère de bonne justice. »¹⁶

2) « *La défense des mineurs est une garantie du caractère contradictoire du débat judiciaire.* »

C'est grâce au contradictoire que chaque acteur de l'action judiciaire va pouvoir remplir son rôle et surveiller que les autres ne sortent pas du leur.

Dans le cadre de procédures concernant des mineurs, où chaque intervenant se doit de donner une portée éducative à son agir, il semble essentiel de donner au jeune des repères précis sur le rôle et les limites inhérentes à la fonction de chacun.

Le juge n'est pas l'éducateur du jeune. Son éducateur n'est pas son avocat. Ce dernier se gardant bien de jouer à l'apprenti psychologue.



Nous employons souvent la métaphore du jeu d'échecs lors de formations en droit de la jeunesse.

En imaginant que les acteurs de l'aide et la protection de la jeunesse puissent être transposés en tant que pièce d'un jeu d'échecs, quelle pièce attribuerions nous à telle ou telle personne (enfant, juge, éducateur, psychologue, avocat,...) ?

Cet exercice est particulièrement intéressant car il nous apprend beaucoup de choses sur la représentation que nous nous faisons de notre fonction et de celle des autres.

Il n'y a bien évidemment pas de configuration type, mais, à la différence du jeu de dames où toutes les pièces sont identiques et bougent de la même manière, sur l'échiquier se retrouvent des pièces aux fonctions et tailles différentes. (Chacun veillera à s'attribuer la pièce qu'il pense correspondre le mieux à sa fonction. L'avocat serait-il le fou, la tour ou un simple pion ?).

Par ailleurs, aucune pièce ne peut à elle seule emporter le jeu, tout comme personne devant le tribunal de la jeunesse ne détient une sorte de vision " immanente" de l'intérêt du jeune.

Toutes les pièces avec leurs spécificités et leurs limites doivent donc aider à la construction d'une solution rencontrant l'intérêt du jeune tant d'un point de vue individuel (pour le jeune, ses

¹⁶ S. Ambry, op. cit. p.7

parents,...) que d'un point de vue collectif (pour la société et les normes qu'elle a définis à un moment donné par rapport à sa vision de l'intérêt des jeunes.) . Dans cette partie d'échecs, si vous demandez au Roi de faire le fou, l'équilibre de la partie se trouve grandement modifié.

3) « Reconnaître au mineur le droit de se défendre contribue à en faire un sujet de droits »

La prise en compte de la parole du jeune, de son droit de l'exprimer aux différents stades de la procédure, permet d'affirmer le mineur dans une position de sujet de l'action éducative et non comme objet d'une action sociale.

Madame Patricia Benec-Le Roux, dans une recherche effectuée sur le rôle de l'avocat des mineurs en France, développait une conclusion similaire¹⁷ :

« L'avocat sert bien plus qu'à assumer un service de conseils et de défense auprès du jeune... Il contribue à la régulation des pouvoirs professionnels, en activant un processus de contrôle collectif du travail de chacun des acteurs... Il les oblige à plus de rigueur dans le respect de la loi à plus de professionnalisme. Il les incite à un rééquilibrage de leurs prérogatives, à un repositionnement de leurs compétences, de leur rôle et de leur place dans la justice pénale des mineurs. Ainsi, par son contrôle du travail juridictionnel, l'avocat sert aussi le fonctionnement global de l'organisation que représente un tribunal pour enfant ».

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a rendu des arrêts qui confortent la thèse de l'avocat défenseur :

Ainsi, dans ses arrêts *V. et T. c. Royaume-Uni*, la Cour a jugé que, pour qu'un procès à l'égard d'un mineur soit équitable au sens de l'article 6, § 1^{er} de la Convention, il ne suffit pas qu'il soit représenté par des avocats formés et compétents. Pour la Cour, le mineur doit, en outre, être en mesure de leur donner des instructions (Cour eur. D.H., 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, § 90).

Ce faisant, la Cour indique clairement que l'avocat du jeune a pour mission de permettre au mineur de participer pleinement à sa défense et non de décider du contenu de la défense en lieu et place de ce dernier.

Ultérieurement, la Cour a précisé ce qu'elle entendait par la *participation réelle* du mineur à son procès : « Il doit être à même de suivre les propos des témoins à charge et, s'il est représenté, d'exposer à ses avocats sa version des faits, de leur signaler toute déposition avec laquelle il n'est pas d'accord et de les informer de tout fait méritant d'être mis en avant pour sa défense » (Cour eur. D.H., 15 juin 2004, *S.C. c. Royaume-Uni*, § 27). La direction du procès appartient donc, en dernier ressort, au mineur et non à l'avocat, ce qui exclut les modèles du *guardian ad litem* et de l'*amicus curiae*. L'avocat doit être un défenseur dans le sens habituel du terme.

(6) Avocats défenseur et porte-parole:

Les arrêts de la Cour européenne et l'analyse de la doctrine récente nous porte à considérer qu'actuellement la notion d' «avocat défenseur» constitue le tronc central du mandat de l'avocat.

¹⁷ P. Benec'h-Le Roux, « A quoi sert l'avocat du mineur délinquant », CNRS, Bulletin d'information, juin 2004-XVII 3

Elle doit être le premier réflexe de l'avocat du jeune, qu'il soit choisi ou non par ce dernier, qu'il intervienne ou non dans une procédure où sa présence est obligatoire.

Il s'agit d'un positionnement éthique qui assure un plus grand respect du jeune en tant que sujet de droits.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, le jeune a sans doute plus besoin de quelqu'un qui soutienne sa parole et crée un espace pour qu'elle soit entendue que d'un xième tuteur – protecteur.

L'avocat du mineur doit donc faire connaître l'opinion du mineur sur la question dont le tribunal est saisi après l'avoir éclairé sur les éléments en cause. Il doit aussi vérifier la légalité des procédures.

Cette vision du rôle de l'avocat s'inscrit dans une dynamique qui doit le pousser à un questionnement continu.

Plutôt que de donner un avis péremptoire sur ce qu'il estime être l'intérêt du jeune, l'avocat préférera interpellé les différents acteurs du secteur de la protection de la jeunesse concernant les choix que ces derniers font ou proposent dans l'intérêt du mineur.

A-t-on utilisé tous les outils prévus par la loi ? A-t-on rassemblé suffisamment d'informations pour que le juge puisse décider ? A-t-on mis en place des moyens pour rencontrer les éléments de danger existant à l'ouverture du dossier ? A quelle finalité répond la prolongation du placement ? Pourquoi ne pas restaurer entièrement les parents dans leur autorité vis-à-vis de l'enfant en clôturant un dossier plutôt qu'en laissant une mesure de surveillance qui ne sera pas effective ? ...

L'avocat est ainsi un éternel trublion, nécessaire grain de sable dans la chaîne des protecteurs dont la loi entoure le mineur.

L'une de ses qualités sera l'impertinence qui le poussera à remettre en question de manière constructive les solutions qui lui seront présentées pour son client.

Est-il nécessaire de maintenir un placement ou une guidance ? Cette dernière ne serait-elle pas plus adéquate car elle permettrait au jeune de rester dans son milieu de vie ? Les conditions de l'article 36,2 de la loi du 8 avril 1965 ou des articles 37,38 du décret du 4/3/1991 de la communauté française sont-elles encore présentes ?

Nous avons déjà souligné l'importance de l'âge du jeune parmi les différents facteurs qui nuanceront le mandat de l'avocat.

Deux stades peuvent servir de jalons sur un axe représentant l'âge du mineur.

Le premier correspond au moment où le jeune peut verbaliser ses demandes de manière assez claire pour que l'avocat les exprime au juge de la jeunesse. (*Capacité de verbalisation.*) Un très jeune enfant peut déjà exprimer son opinion et des demandes par rapport à la situation qu'il vit. Le rôle de son avocat sera de les transmettre au juge et de vérifier que celui-ci les prenne en compte dans sa décision, c'est-à-dire qu'il apporte une réponse au jeune, qu'il explique pourquoi il lui paraît judicieux de suivre sa demande ou de s'en écarter.

Le second correspond à l'âge de discernement (établi à douze ans par différents textes légaux). (*Capacité de discernement.*) Le jeune acquiert alors des outils qui lui permettent d'appréhender sa situation dans sa globalité en tenant compte d'éléments extérieurs. Son opinion serait dès lors moins « instinctive » et devrait être prise en compte de manière plus importante¹⁸.

Si nous ne dénions pas cette évolution du psychisme de l'enfant, il nous semble que la distinction entre capacité de verbalisation et discernement est peu relevante pour l'avocat défenseur. Dans les deux cas, il devra porter la parole du jeune et veiller à ce que les adultes y apportent une réponse.

A l'évolution en âge de l'enfant correspondent donc trois types d'interventions :

* Avant que l'enfant ne puisse émettre une opinion, l'avocat de l'enfant vérifie si la procédure et les droits qui lui sont reconnus sont respectés. Selon nous son rôle est actif. Il peut interpellé les intervenants ou proposer que soit investiguée telle ou telle piste qui rencontre plus les droits reconnus aux mineurs au niveau national ou international. Il pourra faire appel si les droits du jeune ou la procédure n'étaient pas respectés. Néanmoins, il n'est pas dans une fonction d'avocat tuteur car seul le non respect des droits reconnus au jeune doit le guider et non la vision qu'il se fait de l'intérêt du mineur.

* Dès que le jeune aura atteint l'âge de verbalisation, l'avocat aura pour mission première de soutenir sa parole à tous les niveaux de la procédure, essayant d'en être l'interprète le plus fidèle. Il expliquera au jeune la procédure de manière compréhensible ainsi que la réponse que le juge ou le directeur de l'aide à la jeunesse a apporté à sa demande. Selon nous il pourra faire appel de la décision pour les mêmes raisons que celles analysées plus haut tout en s'enquérant de l'avis de l'enfant. Il devra faire appel si l'enfant le lui demande.

* Lorsque le jeune atteint l'âge de discernement, son avocat "défendra" sa position et ne pourra s'écarter. Le choix de faire ou non appel reviendra, selon nous, uniquement au jeune après avoir été clairement informé par son conseil des conséquences d'un appel.

En cas de désaccord entre le jeune et son conseil, ce dernier exprimera le point de vue du jeune (présent ou non), et ne pourra pas critiquer ce point de vue ou proposer une autre solution.

Il aura bien sûr entamé un travail de réflexion avec le jeune lorsqu'il l'aura reçu dans son bureau pour préparer son dossier. Si le désaccord entre le mineur et son conseil est tel qu'il rend impossible la défense du jeune, la seule possibilité existant pour l'avocat commis d'office est de se déporter et de demander la nomination d'un autre avocat¹⁹.

(7) Différents temps de l'intervention de l'avocat du mineur :

Nous proposons de finir cet article en analysant les différents moments où l'avocat intervient dans une procédure devant le tribunal de la jeunesse. Des suggestions sur les actes que l'avocat pourrait poser pour donner sens à son mandat sont proposées. Elles ne se veulent en rien le

¹⁸ La formulation de l'article 931 du code judiciaire va en ce sens.

¹⁹ Sur la question du libre choix de l'avocat et la question de son indépendance par rapport aux autres parties voyez **A. de Terwangne**, « Avocat du mineur : libre choix et contradiction d'intérêts », J.D.J. n° 190, avril 2000, p.5,

parcours obligé de l'avocat pour bien remplir son mandat et doivent donc être analysées comme des éléments de réflexion laissés à l'appréciation de chaque avocat²⁰.

7.1) Ouverture du dossier :

- Lorsqu'il est désigné, l'avocat prévient le mineur de son intervention en lui envoyant une lettre. Ce premier contact écrit sera souvent déterminant et le choix des mots utilisés dans le courrier fort important. L'âge du mineur aura une incidence sur le contenu du courrier ou le choix d'un contact direct avec le jeune plutôt que le recours à l'écrit.

- Il l'informe de son rôle et le définit aussi clairement que possible.

Le secret professionnel auquel l'avocat est tenu, de même que son indépendance par rapport à toutes les autres parties, sont des éléments clés de son intervention. Il est important que l'avocat puisse expliquer ses notions au mineur.

- L'avocat peut proposer au jeune un entretien de cabinet en vue de recueillir son point de vue et lui transmet ses coordonnées afin que le jeune puisse prendre contact avec lui quand il en aura besoin.

7.2) Phase préparatoire :

- Lors de la phase préparatoire qui précède l'audience publique, l'avocat a différents rôles :

- Rôle d'information du mineur

→ Il l'informe sur ses droits et obligations.

→ Il lui explique la procédure, le fonctionnement du tribunal. A nouveau, le choix des termes employés par l'avocat permettra ou non de rendre compréhensible le processus judiciaire pour le jeune, ses parents et bien souvent le secteur psycho-social.

- Rôle de conseil

→ Sous le sceau du secret professionnel l'avocat du mineur pourra élaborer avec ce dernier un système de défense, lui expliquer les enjeux ou les réactions que tel ou tel prise de position de sa part risque d'entraîner.

Il pourra lui faire part de ses réflexions et de l'intérêt que pourrait représenter une autre prise de position.

→ Il prépare les entretiens de cabinet avec le jeune ce qui implique de prendre contact avec les intervenants psycho-sociaux qui encadrent la situation et avec le jeune.

→ Etude du dossier et explication de celui-ci au jeune.

→ Assistance du mineur de plus de douze ans lors des entretiens de cabinet. L'avocat est le porte parole du jeune. Il a préparé l'entretien avec le jeune mais il veillera aussi à prendre contact avec lui après l'entretien pour voir si il a compris tout ce qui s'est dit et si il veut faire appel.

²⁰ Ces éléments sont issus de la formation donnée aux avocats de la section jeunesse du barreau de Bruxelles par l'A.S.B.L. Avocats des Jeunes.

- Vérification de la légalité de la procédure: respect des délais. (6 mois pour la phase préparatoire et 2 mois pour la citation.), révision annuelle, motivation des jugements et ordonnances,...

- Interpellation du juge, P.R. ou intervenants sociaux concernant l'évolution du dossier.

- Contact avec les parents le cas échéant.

7.3) **Audience publique :**

Lorsque le dossier arrive en audience publique, l'avocat remplit les missions suivantes :

- Vérification du respect de la légalité de la procédure et des droits de la défense (accès au dossier, citation, compétence,...)

- Assistance du mineur de plus de 12 ans :

→ Préparation du dossier avec ce dernier

→ Examen des faits qualifiés infractions reprochés au mineur et de leur incidence civile.

→ Définition du point de vue du mineur qui sera exposé en audience publique.

→ Défense en justice :

*si le mineur a + de 12 ans : l'avocat est son porte-parole, interprète fidèle de la position qu'il lui a transmise. (L'avocat ne pense pas que..., le mineur pense que...) L'avocat ne pourra jamais agir contre la volonté de son client.

*si le mineur a – de 12 ans : l'avocat sera son porte-parole si le jeune est capable de verbaliser son intérêt. L'avocat aura pour mission d'interpeller les différents intervenants sur le bien-fondé de leur position. Il renforce ainsi la nécessaire motivation que le juge doit apporter à sa prise de décision.

7.4) **Voies de recours :**

→ Si + 12 ans : L'avocat ne pourra interjeter appel qu'avec le mandat expresse du mineur.

→ Si – 12 ans : Soit l'avocat agira sur la demande de son jeune client, soit dans le cadre du rôle actif défini plus haut.

(8) Conclusion :

Etre avocat d'enfant est une formidable aventure.

Astreignante, délicate, demandant des compétences qui dépassent la simple formation juridique (capacité d'écoute, accessibilité, psychologie, et une bonne dose de modestie entre autre) , cette assistance spécifique est un enrichissement quotidien pour le praticien de la jeunesse.

Bien réalisée, elle sera un jalon dans le parcours du jeune, même si celui-ci est douloureux. Elle se transformera en un lieu d'apprentissage de ses droits et des limites assignées à ceux-ci.

En favorisant une place pour sa parole dans le débat judiciaire (mais aussi dans le cadre de la médiation.) l'avocat permet au jeune de faire l'apprentissage de la citoyenneté et de la démocratie.

Il lui apprend qu'aucune parole n'est prioritaire par essence et que les décisions le concernant seront prises au terme d'un débat contradictoire pendant lequel différentes visions légitimes de son intérêt pourront être exprimées.